

ANNA GRAGNANI

## L'ORDINE COSTITUZIONALE DELLE COMPETENZE COME "SPINA DORSALE" DELLA RAZIONALIZZAZIONE NORMATIVA: LE PROSPETTIVE DI CODIFICAZIONE DEL DIRITTO AMBIENTALE IN GERMANIA E IN ITALIA

SOMMARIO: Introduzione. CAPITOLO I – Il progetto di codificazione del diritto ambientale tedesco: percorso, metodo e contenuti. CAPITOLO II – La codificazione del diritto ambientale come obiettivo della riforma del federalismo tedesco del 2006. CAPITOLO III – La potestà legislativa differenziata di un *Land* arresta la codificazione del diritto ambientale tedesco. CAPITOLO IV – Il titolo unitario di potestà statale esclusiva „tutela dell’ambiente e dell’ecosistema“ e il recente *revirement* giurisprudenziale come premessa per la razionalizzazione del diritto ambientale italiano. CAPITOLO V – Sintesi e rilievi conclusivi. -

### Introduzione

La razionale strutturazione delle competenze costituzionali è un presupposto indefettibile per la riuscita dei progetti di riordino normativo e di semplificazione amministrativa, che trovano una loro stessa ragion d’essere nell’aspirazione alla coerenza dell’ordinamento.

Il compito di evitare antinomie fra fonti del diritto è affidato, infatti, in prima battuta all’ordine delle competenze mediante la delimitazione delle sfere di attribuzione dei soggetti titolari di potestà legislativa, e attraverso la definizione dei criteri di soluzione delle collisioni normative derivanti da quegli intrecci e sovrapposizioni fra le stesse competenze, che nella concreta esperienza sono inevitabili.

A questo compito, si aggiunge, oggi, l’esigenza di apprestare un assetto di competenze adeguato ad un’utile coesistenza degli strumenti legislativi e amministrativi, (statali e regionali), di diretta conformazione dei comportamenti rilevanti, con gli strumenti di regolazione indiretta, (strumenti economici, strumenti organizzativi e strumenti di informazione), e di questi ultimi fra loro medesimi, in modo che non si privino l’un l’altro della capacità di indirizzo che potenzialmente possiedono.

Da anni, gli obiettivi di semplificazione normativa e amministrativa interessano trasversalmente l’ordinamento, con metodi diversi e risultati alterni, ma con il comune riferimento ad alcune basilari tecniche di redazione dei testi normativi intese a garantire una buona qualità della legislazione<sup>1</sup>.

Di fronte al dispiego di energie profuse oggi dallo Stato nell’obiettivo di semplificazione normativa e certezza del diritto fondate sulla buona qualità formale, oltre che sostanziale, della regolazione, appare sorprendente la contestuale accettazione della perdita, a partire dalla nota sentenza 303/2003 della Corte costituzionale, di espressi riferimenti scritti per le regole costituzionali di ripartizione delle competenze legislative statali e regionali, rivelata innanzitutto

---

<sup>1</sup> Per un esame delle diverse fasi di semplificazione normativa e amministrativa e delle relative metodologie, F. BASSANINI, S. PAPARO, G. TIBERI, *Qualità della regolazione: una risorsa per competere*, in *Astrid Rassegna*, giugno 2005. Sulla buona qualità della regolazione e sulla codificazione un riferimento fondamentale è dato da Consiglio di Stato, Adunanza generale, parere 25 ottobre 2004, n. 2, in *Foro it.*, 2005, III, cc. 209 ss.

dall'inerzia delle istituzioni competenti, che non hanno provveduto alla revisione del testo costituzionale per adeguarlo alle indicazioni della giurisprudenza costituzionale, ma non solo. Anche in sede scientifica, la circostanza che l'intero sistema delle competenze sia regolato da un titolo implicito di competenza statale, la c.d. "chiamata in sussidiarietà", non ha suscitato resistenze invincibili, anzi, come vedremo, ha costituito oggetto di tentativi di giustificazione fondati sul metodo di interpretazione della Costituzione.

La doverosa correzione e integrazione delle regole di competenza apprestata dalla Corte costituzionale al fine di garantire il fondamentale principio unitario continua, così, ad impegnare il medesimo giudice in un'opera di perfezionamento giurisprudenziale che lo sovraespone a critiche di incoerenza, inevitabile, quest'ultima, essendo, ovviamente, la Corte priva dei poteri e della legittimazione per superare le lacune e i difetti del nuovo Titolo V della Costituzione attraverso un disegno generale e tendenzialmente prevedibile nella sua attuazione.

In questo quadro, l'allontanamento dagli enunciati scritti nel testo costituzionale ha interessato non soltanto i criteri generali regolatori della competenza, ma anche l'interpretazione giurisprudenziale di alcuni titoli di potestà legislativa, e, fra questi, "la tutela dell'ambiente e dell'ecosistema", previsto dall'art. 117, secondo comma, lett. s) Cost. Successivamente, sotto l'egida di un'asserita continuità, il giudice costituzionale ha intrapreso un profondo *revirement* dei suoi precedenti indirizzi giurisprudenziali, per affermare un'interpretazione rispettosa della lettera dell'art. 117, secondo comma, lett. s), ma non è ancora pervenuto ad una soluzione convincente delle possibili collisioni di competenza in questo ambito.

Nel frattempo, l'art. 12 della legge 18 giugno 2009, n. 69, *Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile*, ha delegato il Governo ad adottare uno o più decreti legislativi integrativi e correttivi dei decreti emanati sulla base della legge 308/2004, *Delega al Governo per il riordino, il coordinamento e l'integrazione della legislazione in materia ambientale e misure di diretta applicazione*.

Scopo di questo contributo è la ricerca di una soluzione delle problematiche relative alla ripartizione delle competenze fra Stato e Regioni, che sia funzionale alle esigenze del riassetto del moderno diritto ambientale, obiettivo centrale e imprescindibile nel quadro della generale politica di semplificazione normativa e amministrativa, tenuto conto della sua straordinaria estensione e delle intersezioni con diversi altri settori dell'ordinamento.

Un utile punto di riferimento sulle correlazioni fra assetto delle competenze costituzionali e riordino della legislazione ambientale, è offerto dall'esperienza tedesca, dove l'obiettivo della codificazione è perseguito da oltre un ventennio<sup>2</sup>.

Il progetto tedesco di codificazione del diritto ambientale è uno dei più ambiziosi nel quadro europeo<sup>3</sup>. Esso riveste una particolare importanza come modello di razionalizzazione normativa del sistema di tutela dell'ambiente disegnato dal diritto comunitario perché costituisce il frutto del trentennale lavoro di una scienza giuridica del diritto ambientale di solida tradizione, alla quale sono dovute anche l'elaborazione, e l'ispirazione, di alcuni pilastri del sistema europeo, (si pensi al principio di precauzione, fondamento del moderno diritto ambientale, e premessa dell'idea della tutela ambientale integrata<sup>4</sup>).

Tuttavia, il progetto elaborato nel 2008, sulla base di precedenti progetti, dal *Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit*, (Ministero per l'ambiente, la tutela della natura e la sicurezza nucleare), è temporaneamente fallito, essendo stato fermato ancor prima di entrare in Parlamento, proprio quando si riteneva a un passo dal suo traguardo, da inattese

<sup>2</sup> In questa parte il presente studio riprodurrà parzialmente un lavoro già pubblicato sulla rivista *Giustamm.it*, cfr. A. GRAGNANI, *La codificazione del diritto ambientale: il modello tedesco e la prospettiva italiana*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), 8/2008.

<sup>3</sup> Per un confronto con i codici ambientali di altri paesi si veda la motivazione del progetto di codice tedesco, *Referentenentwurf eines Umweltgesetzbuches*, del *Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit*, del 20 maggio 2008, p. 12 ss., reperibile all'indirizzo internet [www.bmu.de](http://www.bmu.de).

<sup>4</sup> U. DI FABIO, *Integratives Umweltrecht Bestand, Ziele, Möglichkeiten*, in *NVwZ*, 1998, p. 329 ss.

rivendicazioni di differenziazione legislativa avanzate dal *Land* Baviera. Esse sollevano anche ulteriori perplessità sulla potestà legislativa differenziata, *Abweichungsgesetzgebung*, introdotta dalla riforma del federalismo che, nel 2006, nei settori afferenti al diritto ambientale era stata espressamente concepita per l'approvazione del codice ambientale, già ideato nella sua struttura fondamentale.

Inoltre, il federalismo tedesco ha rappresentato un modello di riferimento per alcuni istituti elaborati dalla nostra giurisprudenza costituzionale, segnatamente la varia tipologia di “chiamate in sussidiarietà”, benché la lettura di quel sistema sostenuta dalla nostra Corte costituzionale, come vedremo, non sia pienamente condivisibile. Un esame dei più recenti sviluppi nell'assetto delle competenze delineato dal *Grundgesetz*, tenuto conto della lettura che esso riceve nella letteratura tedesca e nella giurisprudenza del Tribunale costituzionale federale, perciò, può contribuire al chiarimento di alcune problematiche dell'assetto delle competenze nel sistema italiano.

All'esame della giurisprudenza della nostra Corte costituzionale sulla ripartizione della potestà legislativa nel diritto ambientale, e alla ricerca di criteri per la soluzione delle collisioni di competenza fra legislazione statale e regionale, è dedicata l'ultima parte di questo contributo.

## CAPITOLO I

### LA CODIFICAZIONE DEL DIRITTO AMBIENTALE TEDESCO: PERCORSO, METODO E CONTENUTI

SOMMARIO: 1. - Modelli regolativi e forme legislative nell'evoluzione del diritto ambientale tedesco. 2. - L'idea di codice ambientale nel dibattito tedesco. 3. - La *abschnittsweise Kodifizierung* ("codificazione segmentata"). 4. - La struttura del progetto di codice ambientale tedesco. 5. - *UGB I*: lo scopo del codice ambientale come concretizzazione del compito costituzionale di protezione dei fondamenti naturali della vita (art. 20 a *GG*). 6. - I principi per la tutela dell'ambiente e dell'uomo. 6.1 - Il principio di difesa dai pericoli (*Gefahrenabwehrprinzip*) e il principio di precauzione (*Vorsorgeprinzip*). 6.2. - Il "principio di causalità" (*Verursacherprinzip*, ovvero "chi inquina paga"). 6.3. Il principio di cooperazione, (*Kooperationsprinzip*). 7.- La tutela ambientale integrata, lo "sviluppo sostenibile", e la loro influenza sulla configurazione giuridica dei rapporti fra Stato e imprese. Il "management sostenibile". 8. - La tutela del clima e il precetto dell'approvvigionamento energetico sostenibile. 9. - Il ruolo delle definizioni legislative nella codificazione del sistema di tutela ambientale integrata. 9.1. - La definizione del concetto giuridico di "ambiente". 9.2. - Il concetto di "modifica ambientale" e di "modificazioni ambientali dannose". 9.3. La corrispondenza degli *standard* tecnici al disegno di tutela ambientale integrata: la definizione del concetto di "stato della tecnica" e i criteri legislativi per la sua concretizzazione. 10. - Osservazione intermedia: la cultura del diritto ambientale e l' "arte di fare buone leggi". 11. - La valutazione ambientale strategica: cenni. 12. - La tutela ambientale nell'azienda e le agevolazioni per le imprese certificate: il "management sostenibile" e lo Stato "garante" del corretto adempimento del compito costituzionale di protezione dei fondamenti naturali della vita. 13. - La prevenzione e il risanamento dei danni ambientali: cenni. 14. - I rimedi giuridici per le questioni di diritto ambientale, in particolare la legittimazione delle associazioni ambientaliste. 15. -La produzione del diritto e delle regole. 16. -Il significato della disciplina sulla produzione del diritto e delle regole alla luce della giurisprudenza della Suprema Corte amministrativa federale tedesca sul regime delle *Verwaltungsvorschriften*, (prescrizioni amministrative), nel diritto ambientale. 17. - La *Integrierte Vorhabengenehmigung* (autorizzazione integrata di progetto) come idea centrale nella struttura del codice ambientale. 17.1. - L'ambito di applicazione della *Integrierte Vorhabengenehmigung* e il suo rapporto con la valutazione di impatto ambientale. 17.2. - I doveri fondamentali. 17.3. - Le due varianti di *Integrierte Vorhabengenehmigung* (autorizzazione integrata). 17.4. - La *Genehmigung* (autorizzazione): caratteristiche, poteri dell'amministrazione; effetti giuridici. 17.5. - La *Planerische Genehmigung*, (autorizzazione pianificatoria): caratteristiche; poteri dell'amministrazione; effetti giuridici. 17.6. - La v.i.a. come parte non autonoma del procedimento per l'autorizzazione integrata di progetto: cenni. 17.7. - Il procedimento amministrativo per la *Integrierte Vorhabengenehmigung* (autorizzazione integrata di progetto). 17.8. - I provvedimenti successivi all'autorizzazione. 17.9. -Il monitoraggio e le altre disposizioni relative alla autorizzazione integrata di progetto. 18. - Le disposizioni finali del libro primo: cenni e rinvio. 19. - La dettagliata quantificazione delle modificazioni dei costi burocratici della tutela dell'ambiente come indice concreto della "buona qualità" del codice ambientale. 20. - Osservazione intermedia: le caratteristiche fondamentali del sistema regolativo codificato nel primo libro del codice. 21. -La codificazione del diritto ambientale speciale: rilievi generali. 22. - *Umweltgesetzbuch II- Wasserwirtschaftf* - (Il governo delle acque): cenni. 23. - *Umweltgesetzbuch III – Naturschutz und Landschaftspflege* (Tutela della natura e cura del paesaggio): cenni. 24. - *Umweltgesetzbuch IV- Nichtionisierende Strahlung* (Radiazioni non ionizzanti): cenni. 25. *Umweltgesetzbuch V - Handel mit Berechtigungen zur Emission von Treibhausgasen – Emissionshandel* (Commercio di quote per l'emissione di gas serra – Commercio di emissioni): cenni. 26. - Il c.d. "Atomausstieg", (abbandono dell'energia nucleare), l'elaborazione di un *Umweltgesetzbuch VI - Recht der Erneuerbaren Energien* (libro sesto, disciplina delle energie rinnovabili), e il suo successivo scorporo dalla prima fase della *abschnittsweise Kodifizierung*.

## 1. Modelli regolativi e forme legislative nell'evoluzione del diritto ambientale tedesco.

L'ipotesi di codificare la legislazione ambientale circola in Germania dai primi anni Settanta<sup>5</sup>, ed è cautamente recepita dal Governo federale già nel Rapporto sullo stato dell'ambiente, (*Umweltbericht*), del 1976<sup>6</sup>.

Significativamente<sup>7</sup>, l'esigenza di un riassetto del diritto ambientale segue a breve distanza il programma del Governo federale che nel 1971 ha posto le premesse - poi sviluppate nel ricordato rapporto governativo - per il fondamento del moderno diritto ambientale sulla triade dei principi di precauzione, di cooperazione e "chi inquina paga", (presto denominato principio "di causalità").

Nell'esperienza tedesca, infatti, a differenza di quanto è accaduto in quella italiana<sup>8</sup>, si percepisce nettamente una stretta correlazione fra l'evoluzione delle fondamentali concezioni del sistema giuridico di protezione dell'ambiente e la ricerca della forma legislativa ad esse più adeguata.

L'elaborazione dello strumento legislativo ottimale per il diritto ambientale si è svolta così in Germania durante un percorso che impegna la più autorevole dottrina senza significative interruzioni da oltre trent'anni<sup>9</sup>, e dopo aver dato un fondamentale contributo alla ricostruzione sistematica del diritto ambientale, come vedremo, sta per approdare oggi al suo traguardo.

<sup>5</sup> Cfr. M. KLOEPFER, *Einführung*, in *Das kommende Umweltgesetzbuch*, a cura del medesimo Autore, Berlin, Duncker & Humblot, 2007, p. 9 ss.; per un'utile sintesi delle relazioni presentate al medesimo convegno, J. BOSSELMANN, *Auf dem Weg zum Umweltgesetzbuch*, in *NVwZ*, 2006, p. 1144 ss.

<sup>6</sup> Il rapporto governativo del 1976 è parzialmente riprodotto in R. BREUER, *Empfiehl es sich, ein Umweltgesetzbuch zu schaffen, gegebenenfalls mit welchen Regelungsbereichen?*, *Gutachten B für den 59. Deutschen Juristentag*, in *Verhandlungen des Neunundfünfzigsten Deutschen Juristentages Hannover 1992*, a cura della *Ständigen Deputation des Deutschen Juristentages*, I, *Teil B*, München, Beck, 1992, (B) p. 9 ss.

<sup>7</sup> Sulla svolta impressa al diritto ambientale dal programma governativo del 1971, con particolare riferimento alla triade dei principi per la tutela dell'ambiente, che già conteneva l'implicita affermazione del principio di precauzione, poi compiutamente formulato nel Rapporto del 1976, P.C. STORM, *Umweltrecht in Deutschland Entwicklungsstand und Entwicklungstendenzen*, in *LKV*, 1991, p. 53 ss., nonché M. KLOEPFER, *Zur Geschichte des Umweltrechts in Deutschland seit 1945*, in *Festschrift für Wolfgang Ritter zum 70. Geburtstag*, a cura di M. DIETRICH KLEY, E. SÜNNER, A. WILLEMSSEN, Köln, Otto Schmidt, 1997, p. 873 ss.

<sup>8</sup> Sul tema, anche per ulteriori indicazioni bibliografiche, A. GRAGNANI, *La codificazione del diritto ambientale: il modello tedesco e la prospettiva italiana*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), 2008; per i successivi aggiornamenti, A. GERMANÒ, E. BASILE, F. BRUNO, M. BENOZZO, (a cura di), *Commento al codice dell'ambiente*, Torino Giappichelli, 2008; G. ROSSI, (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, Torino, Giappichelli, 2008, R. ROTA, (a cura di), *Lezioni di diritto dell'ambiente*, Roma, Aracne, 2009; S. NESPOR, A. DE CESARIS, (a cura di), *Codice dell'ambiente*, Milano, Giuffrè, 2009, R. GRECO, (a cura di), *Codice dell'ambiente*, Nel Diritto Editore, 2009,

<sup>9</sup> Sono fondamentali i contributi di: M. KLOEPFER, *Systematisierung des Umweltrechts, Berichte des Umweltbundesamtes*, 8/78, Berlin, E. Schmidt, 1978; nonché *ID. Vereinheitlichung des Umweltrechts*, in *Handwörterbuch des Umweltrechts*, a cura di O. KIMMINICH, H. F. V. LERSNER, P.-C. STORM, Berlin, Schmidt Verlag, II ed. aggiornata, 1994, (I ed. 1988), II vol., p. 2574 ss., del medesimo Autore con K. MEBERSCHMIDT, *Innere Harmonisierung des deutschen Umweltrechts. Berichte des Umweltbundesamtes* 6/86, Berlin, E. Schmidt, 1987; ancora, M. KLOEPFER, *Umweltrecht*, München, Beck, III ed., 2004, con ampi riferimenti al contenuto del progetto di codice ambientale noto come Progetto dei Professori, (sul quale più precise indicazioni più avanti nel testo), e al progetto redatto da una commissione indipendente di esperti, su incarico del *Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit*, pubblicato nel 1998, (sul quale più precise indicazioni più avanti nel testo); *ID.*, *Sinn und Gestalt des kommenden Umweltgesetzbuchs*, in *UPR*, 2007, p. 161 ss.; *ID.*, *Umweltschutzrecht*, München, Beck, 2008, nonché M. KLOEPFER, *Das Umweltgesetzbuch auf dem Weg, Zum Referentenentwurf eines UGB (UGB-RefE)*, in *Die Verwaltung* 2008, p. 195 ss., per un esame dell'ultimo progetto di codice; H.-J. KOCH, *Auf dem Weg zum Umweltgesetzbuch – Der Professoren Entwurf des Allgemeinen Teils eine Umweltgesetzbuches*, (AT-UGB), in *NVwZ*, 1991, p. 953 ss.; H.-J. PAPIER, *Entwurf eines Umweltgesetzbuches, Vom Allgemeinen zum Besonderen Teil*, in *DVBl.*, 1992, p. 1133 ss.; R. BREUER, *Empfiehl es sich, ein Umweltgesetzbuch zu schaffen, gegebenenfalls mit welchen Regelungsbereichen?*, *Gutachten B für den 59. Deutschen Juristentag*, cit.; H. SENDLER, *Stand der Überlegungen zum Umweltgesetzbuch*, in *NVwZ*, 1996, p. 1145 ss.; U. DI FABIO, *Integratives Umweltrecht Bestand, Ziele, Möglichkeiten*, in *NVwZ*, p. 1998, p. 329 ss.; P.C. STORM, *Umweltgesetzbuch (UGB-KomE): Einsichten in ein Jahrhundertwerk*, in *NVwZ*, 1999, p. 35 ss.; J. PEINE, *Zur praktischen Bedeutung der Kodifikationsidee – dargestellt am Umweltrecht und am Gewerberecht*, in

Di fronte allo sviluppo del diritto ambientale attraverso una legislazione provvedimentale e, successivamente, attraverso discipline settoriali, è divenuta sempre più pressante l'esigenza di un riassetto della disciplina.

La concreta esperienza dei fenomeni di inquinamento ambientale ha presto evidenziato l'insufficienza dei tentativi di soluzione legislativa attraverso provvedimenti normativi calibrati sul caso singolo, nonché l'inadeguatezza della legislazione settoriale.

Quest'ultima - fondata di volta in volta sulla tutela di singoli beni ambientali, (l'aria, l'acqua, il suolo), sulla loro protezione rispetto a determinate cause di danneggiamento, (sostanze, attività), ovvero sulla protezione degli elementi vitali, (l'uomo, gli animali, le piante) - ha rappresentato per certi aspetti un progresso nel diritto ambientale, perché ha evidenziato la molteplicità dei bisogni di protezione<sup>10</sup>. Tuttavia, essa non è stata capace di garantire una contestuale, effettiva e duratura soddisfazione di tutte le esigenze di tutela.

La legislazione settoriale ha prodotto, inoltre, una notevole complicazione della disciplina, con duplicazione degli istituti e difetti di coordinamento, inutile dispendio di attività amministrativa, e aumento dei costi della tutela ambientale, *deficit* nell'osservanza della normativa ambientale. Conseguentemente, il livello di protezione dell'ambiente è rimasto per molti aspetti insoddisfacente.

Al tempo stesso, si è inasprito il conflitto fra tutela ambientale e sviluppo industriale.

In questo contesto, è maturata gradualmente la percezione della necessità di un collegamento fra gli obiettivi delle singole leggi settoriali, che sotto la spinta del diritto comunitario ha poi trovato compiuta espressione nel modello regolativo della tutela integrata<sup>11</sup>.

Secondo la c.d. "integrazione interna", si tratta, come noto, di valutare il livello di protezione non soltanto con riguardo allo stato dei singoli beni ambientali, ma tenuto conto anche degli spostamenti di effetti ambientali dannosi, sia fra i diversi beni ambientali, che fra questi ultimi e l'uomo<sup>12</sup>.

Tale mutamento di prospettiva nel sistema giuridico di protezione dell'ambiente fonda le sue radici anche nel principio di precauzione, elaborato in Germania per dare una veste dogmatica ad esigenze contestualmente avvertite in altre esperienze giuridiche, (ed affrontate altrove in via pragmatica, ad esempio negli Stati Uniti)<sup>13</sup>.

*Festschrift für Dietrich Rauschning*, Köln, Heymann, 2001, p. 669 ss.; C. SANGENSTEDT, *Umweltgesetzbuch und Integrierte Vorhabengenehmigung*, in *ZUR*, 2007, p. 505 ss.; fra i più recenti incontri di studio sul tema, *Progressives Umweltgesetzbuch?*, svoltosi a Berlino il 29 e 30 ottobre 2007, presso la *Katholische Akademie*, dove è stato presentato il *Referententwurf* del 19 novembre 2007, (per un resoconto di questo convegno T. HAFNER, *Progressives Umweltgesetzbuch? vom 29. bis 30. Oktober 2007 in Berlin*, in *ZUR* 2008, p. 162 ss.); G. WINTER, *Umweltgesetzbuch oder Allgemeines Umweltgesetz?*, in *ZUR*, 2007, p. 298, *ID.*, *Das Umweltgesetzbuch – Überblick und Bewertung*, in *ZUR*, 2008, p. 337 ss.; C. CALLIESS, *Integrierte Vorhabengenehmigung und Rechtsschutz im aktuellen Entwurf des UGB I*, in *ZUR*, 2008, p. 343 ss.

<sup>10</sup> Sul punto, in una prospettiva di analisi storica del diritto ambientale tedesco, M. KLOEPFER, *Zur Geschichte des deutschen Umweltrechts*, Berlin, Duncker & Humblot, 1994, nonché in versione sintetica, del medesimo Autore, *Zur Geschichte des Umweltrechts in Deutschland seit 1945*, cit.

<sup>11</sup> Sulla elaborazione comunitaria del concetto di tutela ambientale integrata, C. CALLIESS, *Integrierte Vorhabengenehmigung und Rechtsschutz im aktuellen Entwurf des UGB I*, cit., l'Autore ricorda la prima indicazione dell'esigenza di una "strategia complessiva" nella tutela dell'ambiente nel programma comunitario del 1983, a proposito degli effetti di spostamento delle sostanze inquinanti, e, successivamente nel programma ambientale del 1987, la prima esplicita formulazione del concetto di integrazione.

<sup>12</sup> Nella dottrina tedesca è ricorrente la distinzione fra c.d. "integrazione interna", (nella nostra dottrina spesso indicata anche come concezione unitaria della tutela ambientale) e la c.d. "integrazione esterna", cioè l'esigenza che gli interessi ambientali siano presi in considerazione nella disciplina di altri settori, sul punto, H.W. RENGELING, *Gesetzgebungskompetenzen für den integrierten Umweltschutz*, Heymanns Verlag, Köln, Berlin, Bonn, München, 1999, in sintesi, p. 133 ss.

<sup>13</sup> Sulla tutela integrata come logico sviluppo del principio precauzionale, U. DI FABIO, *Integratives Umweltrecht Bestand, Ziele, Möglichkeiten*, cit., p. 330. Sull'importanza dell'esperienza statunitense e sul pragmatismo americano nell'affrontare i problemi di diritto ambientale, M. KLOEPFER, *Zur Geschichte des Umweltrechts in Deutschland seit 1945*, cit.

Il legame fra principio precauzionale e tutela integrata è stretto. A tal proposito occorre tenere presente che, oltre all'adozione di specifiche misure cautelative in situazioni di incertezza scientifica nelle quali è ipotizzabile soltanto una situazione di rischio, ma non è invece dimostrata allo stato delle attuali conoscenze scientifiche la sicura o solo probabile evoluzione del rischio in pericolo<sup>14</sup>, il principio di precauzione, nell'accezione tedesca, offre il fondamento dei provvedimenti adeguati a fronteggiare le situazioni che, secondo i rigorosi requisiti richiesti da una risalente giurisprudenza amministrativa<sup>15</sup>, non integrano una situazione di pericolo, sebbene vi sia certezza scientifica sulla correlazione causale fra fatto ed evento, poiché manca la correlazione temporale fra fatto ed evento, tale che quest'ultimo possa essere previsto eventualmente a distanza di anni, ma non in un futuro remoto. In mancanza di quest'ultima correlazione temporale, secondo il medesimo indirizzo giurisprudenziale, non si ha una situazione di pericolo giuridicamente rilevante, ma una situazione di mero rischio, così come nel caso dell'incertezza scientifica relativa alla correlazione causale. Considerato, invece, che l'eventualità di danni prevedibili solo per un futuro molto lontano è insita nei fenomeni ambientali, dove talora un danneggiamento dell'ambiente può non derivare attualmente e di per sé dallo svolgimento di una determinata attività, ma è ipotizzabile per una convergenza di differenti fonti di inquinamento o per il loro successivo accumularsi nel tempo<sup>16</sup>, la logica dell'anticipazione propria del principio precauzionale impone di indagare e valutare contestualmente e il più presto possibile, gli effetti sull'ambiente delle attività umane, considerate anche nelle loro reciproche interferenze, immediate e future, e spinge, quindi, verso una concezione integrata della tutela.

Quest'ultima esigenza trova gradualmente nel diritto comunitario una compiuta espressione nei nuovi istituti della valutazione ambientale strategica, della valutazione di impatto ambientale e della autorizzazione integrata ambientale.

Emerge presto nella riflessione sulla razionalizzazione del diritto ambientale tedesco, che la valutazione unitaria degli effetti ambientali secondo il principio di integrazione è agevolata sul piano degli strumenti tecnico-giuridici dal collegamento sistematico fra le discipline sostanziali e fra i procedimenti amministrativi che fanno applicazione dei parametri di protezione relativi a diversi beni ambientali<sup>17</sup>. Le coordinate per la scelta della forma legislativa più idonea al riordino del diritto ambientale sono trovate, così, all'interno dello stesso sistema di protezione dell'ambiente fondato sul principio di precauzione, nonché sugli altri principi ispiratori del moderno diritto ambientale, e secondo il modello regolativo della tutela integrata prefigurato dal diritto comunitario, (a differenza di quanto è accaduto nel nostro ordinamento dove l'idea di codificare il diritto ambientale costituisce il riflesso di un più vasto processo di riordino normativo).

In questa prospettiva, la dottrina tedesca pressoché unanime<sup>18</sup> considera ben presto il codice la forma legislativa ottimale per una autentica armonizzazione del diritto ambientale grazie alla sua caratteristica aspirazione al collegamento sistematico fra ambiti normativi, che diventa

<sup>14</sup> Per questa definizione, corrente nell'ordinamento tedesco, rinvio alle ricerche da me svolte nel 2001 per l'O.Le.A., (diretto da S. Grassi, segretario scientifico M. Cecchetti), e anticipate in S. GRASSI, A. GRAGNANI, *Il principio di precauzione nella giurisprudenza costituzionale*, in [www.unina2.it](http://www.unina2.it), 2001.

<sup>15</sup> Su questa giurisprudenza amministrativa ulteriori indicazioni più avanti nel testo; nonché in A. GRAGNANI, *Il principio di precauzione come modello di tutela dell'ambiente, dell'uomo, delle generazioni future*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, p. 9 ss.

<sup>16</sup> Per questa connotazione del principio precauzionale evidenziata dalla dottrina tedesca, maggiori dettagli in A. GRAGNANI, *Il principio di precauzione come modello di tutela dell'ambiente, dell'uomo, delle generazioni future*, cit.

<sup>17</sup> Sul punto, M. KLOEPFER, *Sinn und Gestalt des kommenden Umweltgesetzbuchs*, cit. C. SANGENSTEDT, *Umweltgesetzbuch und Integrierte Vorhabengenehmigung*, cit.

<sup>18</sup> Si registra, tuttavia, qualche isolata voce critica, sebbene non assolutamente contraria; in particolare, R. BREUER, *Empfiehl es sich, ein Umweltgesetzbuch zu schaffen, gegebenenfalls mit welchen Regelungsbereichen?*, *Gutachten B für den 59. Deutschen Juristentag*, cit.; di recente, G. WINTER, *Umweltgesetzbuch oder Allgemeines Umweltgesetz?*, cit.

collegamento fra esigenze di protezione dei diversi beni ambientali e, quindi, specchio e realizzazione della concezione integrata della tutela ambientale <sup>19</sup>.

Siccome la causa principale della frammentazione del diritto ambientale è stata ravvisata soprattutto nella sovrapposizione di discipline settoriali fondate su strutture normative fra loro differenti <sup>20</sup>, è stata generalmente scartata l'idea di procedere al suo riordino attraverso una mera consolidazione, capace di garantire soltanto la riunificazione esteriore della legislazione ambientale, così come l'idea di una mera legge di principi, da soli insufficienti, anche per il loro alto grado di astrazione, a conseguire l'obiettivo della razionalizzazione del complesso sistema di tutela giuridica dell'ambiente <sup>21</sup>.

## 2. Il lungo percorso della codificazione.

Due successivi progetti elaborati dalla dottrina dimostrano presto, in Germania, la fattibilità della codificazione del diritto ambientale.

Il primo progetto, noto come "Progetto dei Professori", *Professorenentwurf*, è suddiviso in due libri: una parte generale, pubblicata nel 1991, e una parte speciale, pubblicata nel 1994<sup>22</sup>.

Le proposte contenute nella parte generale hanno dato un contributo fondamentale alla ricostruzione sistematica del diritto ambientale, che successivamente è stata perfezionata in un secondo progetto.

Quest'ultimo, redatto nel 1997 da una Commissione indipendente di esperti, su incarico del Ministero federale dell'ambiente, è noto come "Progetto della Commissione", *Umweltgesetzbuch (UGB-KomE) – Entwurf der Unabhängigen Sachverständigenkommission zum Umweltgesetzbuch beim Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit*<sup>23</sup>.

Sulla base di questi due concreti progetti, il codice è stato scelto come strumento più adeguato a conseguire gli obiettivi della buona *governance* ambientale<sup>24</sup>: assicurare un alto livello di tutela dell'ambiente contenendone i costi attraverso la semplificazione normativa e

<sup>19</sup> Sul punto, M. KLOEPFER, *Sinn und Gestalt des kommenden Umweltgesetzbuchs*, cit., SANGENSTEDT, *Umweltgesetzbuch und Integrierte Vorhabengenehmigung*, cit.

<sup>20</sup> Per un'analisi delle fonti di disarmonia del diritto ambientale e delle possibili soluzioni, in particolare, M. KLOEPFER, *Systematisierung des Umweltrechts, Berichte des Umweltbundesamtes*, 8/78, cit., nonché del medesimo Autore, *Vereinheitlichung des Umweltrechts*, cit. e, con K. MEBERSCHMIDT, *Innere Harmonisierung des deutschen Umweltrechts. Berichte des Umweltbundesamtes* 6/86, cit.

<sup>21</sup> Sul punto M. KLOEPFER, *Vereinheitlichung des Umweltrechts*, cit. Tuttavia, qualche voce fino ai più recenti sviluppi, solitaria in dottrina, si è espressa a favore di un riordino attraverso una legge generale, G. WINTER, *Umweltgesetzbuch oder Allgemeines Umweltgesetz?*, in *ZUR*, 2007, p. 298, *Id.*, *Das Umweltgesetzbuch – Überblick und Bewertung*, in *ZUR*, 2008, p. 337 ss.

<sup>22</sup> M. KLOEPFER, E. REHBINDER, E. SCHMIDT-ABMANN, con la collaborazione di P. KUNIG, *Berichte 7/90 Umweltgesetzbuch – Allgemeiner Teil, Umwelt Bundes Amt*, Berlin, E. Schmidt, 1991; per la parte speciale, H. D. JARASS, M. KLOEPFER, *Umweltgesetzbuch – Besonderer Teil, Berichte des Umweltbundesamtes* 4/94, Berlin, E. Schmidt, 1994.

<sup>23</sup> *Umweltgesetzbuch (UGB-KomE) – Entwurf der Unabhängigen Sachverständigenkommission zum Umweltgesetzbuch beim Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit*, Berlin, Duncker & Humblot, 1998. Sulla base di questo lavoro, il *Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit* ha successivamente predisposto un progetto informale per un "Codice ambientale I", (*Umweltgesetzbuch I*), al quale, è seguito un ulteriore progetto ministeriale del 1999, avente per oggetto un primo libro del codice dedicato essenzialmente alla disciplina della autorizzazione e del controllo degli impianti industriali; cfr. F.-J. FELDMANN, *Aktuelle Entwicklungen zum Umweltgesetzbuch*, in *Perspektiven für ein Umweltgesetzbuch, Beiträge zum 1. Speyer UGB-Forum vom 21. und 22. Oktober 1999 und zum 2. Speyer UGB-Forum vom 19. und 20. März 2001 an der Deutschen Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer*, a cura di E. BOHNE, Berlin, E. Schmidt, 2002, p. 13 ss.

<sup>24</sup> Sui diversi aspetti della *governance* ambientale in rapporto alla codificazione, H.W. RENGELING, *Die Kodifikation des Umweltrechts auf nationaler und europäischer Ebene: Chancen und Risiken für eine bessere Rechtsetzung und Umsetzung des EG-Umweltrechts*, in *Ansätze zur Kodifikation des Umweltrechts in der Europäischen Union: Die Wasserrahmenrichtlinie und ihre Umsetzung in nationales Recht, Beiträge zum 3. Speyer UGB-Forum vom 15. bis 16. September 2003 an der Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer*, a cura di E. BOHNE, Berlin, Duncker & Humblot, 2005, p. 121 ss.

amministrativa, che agevolano la conoscibilità e l'applicazione del diritto ambientale e, quindi, i controlli sul rispetto della disciplina<sup>25</sup>.

I progetti di codice ambientale elaborati dalla dottrina hanno contribuito alla formazione di un ampio consenso politico e sociale sulle caratteristiche fondamentali della progettata codificazione, sollecitando con ciò il perseguimento di questo obiettivo in una linea di sostanziale continuità nonostante l'alternanza di diverse maggioranze di governo<sup>26</sup>.

Sebbene non divenuti legge, i primi progetti hanno esercitato un'influenza decisiva sullo sviluppo del diritto ambientale (non solo) tedesco, offrendo un termine di riferimento fondamentale per il legislatore e per la giurisprudenza nell'interpretazione dei concetti giuridici indeterminati che caratterizzano la legislazione ambientale<sup>27</sup>.

Con queste premesse, la codificazione del diritto ambientale ha potuto anche essere "istituzionalizzata", in Germania, presso la Divisione centrale del Ministero federale dell'ambiente, *Zentral Abteilung*, preposta alle "questioni fondamentali della tutela ambientale", (*Grundsatzangelegenheiten des Umweltschutzes*), attraverso un'apposita Sezione, denominata "Codice ambientale, diritto ambientale trasversale", (*Umweltgesetzbuch, Fachübergreifendes Umweltrecht*)<sup>28</sup>.

I primi progetti di codice si sono tuttavia imbattuti in un ostacolo difficile da superare: la mancanza di una sufficiente competenza legislativa della Federazione.

La scelta del modello regolativo della tutela integrata quale struttura portante della progettata codificazione ha accentuato, infatti, un altro elemento caratteristico del codice come tecnica legislativa: l'aspirazione alla predisposizione di una disciplina ampiamente uniforme per l'intero territorio nazionale<sup>29</sup>. La frammentazione territoriale delle competenze legislative, infatti, spezzando l'unitarietà della fonte di disciplina di ambiti "ecologicamente interdipendenti"<sup>30</sup>, ostacola, se addirittura non impedisce, la piena realizzazione della tutela integrata.

Le modifiche dei progetti di codice sopra ricordati, necessarie per assicurarne la piena conformità all'assetto costituzionale delle competenze legislative, avrebbero svuotato di significato la progettata opera codificatoria.

Una svolta, che sembrava decisiva fino ai più recenti sviluppi, che ancora una volta hanno visto il fallimento del progetto di codificazione, è stata impressa dalla riforma del federalismo,

<sup>25</sup> In questo senso la dottrina pressoché unanime, secondo la quale una legge contenente soltanto i principi, ovvero una mera consolidazione, non sarebbero adeguati a collegare in sistema secondo questi criteri, i diversi settori del diritto ambientale con adeguata capacità di orientamento per il suo futuro sviluppo, per tutti, M. KLOEPFER, *Sinn und Gestalt des kommenden Umweltgesetzbuchs*, cit. Fra le voci critiche rispetto alla codificazione, R. BREUER, *Empfiehl es sich, ein Umweltgesetzbuch zu schaffen, gegebenenfalls mit welchen Regelungsbereichen?*, *Gutachten B für den 59. Deutschen Juristentag*, cit.; di recente, G. WINTER, *Umweltgesetzbuch oder Allgemeines Umweltgesetz?*, cit.

<sup>26</sup> Si tratta di un'esigenza che è rimasta in ombra nella nostra esperienza, pur essendo un obiettivo intrinseco della codificazione come forma legislativa, di recente sul punto S. DE FELICE, *La semplificazione del diritto: la codificazione recente in Italia*, in *GiustAmmit*, 23 maggio 2008.

<sup>27</sup> La ricostruzione sistematica del diritto ambientale contenuta nei due progetti di codice ha influenzato il diritto comunitario, si pensi ad esempio alla formulazione del principio di precauzione, nonché diversi ordinamenti europei; molte delle idee formulate nel corso dei lavori preparatori per la codificazione sono state condivise anche dalla nostra dottrina, si pensi alla definizione di ambiente come equilibrio ecologico, o come "*Bündelungsbegriff*", "concetto a fascio", cioè come insieme di situazioni giuridiche, ai principi del diritto ambientale, a qualche recente proposta di una disciplina relativa al procedimento di produzione delle norme tecniche, che ricalca ampiamente il modello tedesco. Sull'influenza dei progetti di codice per la coeva produzione della legislazione ambientale tedesca e sul riferimento alle relative definizioni dei principi come canoni interpretativi seguiti dalla giurisprudenza tedesca, M. KLOEPFER, *Sinn und Gestalt des kommenden Umweltgesetzbuchs*, cit.

<sup>28</sup> Cfr. <http://www.bmu.de/ministerium/aufgaben/organigramm/doc/4129.php>.

<sup>29</sup> Sul tema è fondamentale il contributo di H.W. RENGELING, *Gesetzgebungskompetenzen für den integrierten Umweltschutz*, cit.

<sup>30</sup> Il rilievo è ricorrente nelle audizioni sul progetto di revisione costituzionale, reperibili sul sito del Parlamento tedesco, [www.bundestag.de](http://www.bundestag.de); sul progetto di revisione con riferimento al diritto ambientale, rinvio a A. GRAGNANI, *La riforma del federalismo tedesco*, in [www.issirfa.cnr.it](http://www.issirfa.cnr.it), maggio 2006.

approvata come richiesto dalla costituzione tedesca (art. 79 GG) con il consenso sia della Federazione che dei *Länder*, ed entrata in vigore nel settembre 2006. Come anticipato, essa ha disegnato un nuovo assetto delle competenze costituzionali finalizzato nei settori afferenti al diritto ambientale, proprio all'approvazione di un codice fondato sulla tutela ambientale integrata.

I precedenti progetti hanno costituito il modello per la costruzione del sistema regolativo del nuovo progetto di codice, che dopo approfondito esame parlamentare, la *Große Koalition* aveva programmato di approvare entro il 2009.

Si tratta del *Referentenentwurf*, presentato dal *Bundesministerium für Umwelt* in una prima versione del 27 novembre 2007, alla quale sono state apportate alcune modificazioni, che hanno dato luogo a una successiva versione del 20 maggio 2008<sup>31</sup>.

## 2. L'idea di codice ambientale nel dibattito tedesco.

Nell'ordinamento tedesco il codice ambientale è stato paragonato al codice civile, quindi a una codificazione classica, opportunamente depurata da anacronistiche illusioni di completezza, immutabilità ed esclusività rispetto ad altre fonti del diritto<sup>32</sup>. Il confronto si giustifica per la centralità effettivamente riconosciuta nell'ordinamento tedesco alla codificazione del diritto ambientale, con un ampio consenso delle diverse forze politiche, nonché per l'importanza dei lavori di codificazione.

La progettata codificazione non condivide pienamente, invece, se non a condizione di maggiori precisazioni, certi (talora) ambigui caratteri correlati nel dibattito italiano ai codici settoriali, che oggi affiancano anche nel nostro ordinamento i quattro codici classici<sup>33</sup>, sebbene anche il progettato *UGB* possa ritenersi un codice di settore.

La categoria dei codici settoriali descrive il recente fenomeno della codificazione di alcuni settori dell'ordinamento<sup>34</sup>. Essa è lo specchio della accresciuta molteplicità dei settori di intervento del moderno Stato legislatore, ed è spesso connotata, come evidenziato dal Consiglio di Stato, da un'idea di sperimentalismo, di provvisorietà dell'equilibrio costruito nel codice, e da una non meglio precisata "razionalità più debole" rispetto alla codificazione classica, secondo la trasposizione in ambito giuridico della filosofia del "pensiero debole"<sup>35</sup>. I codici di settore, inoltre,

<sup>31</sup>Il *Referentenentwurf für das Umweltgesetzbuch*, è reperibile all'indirizzo web <http://www.bmu.de>.

<sup>32</sup> Cfr. l'introduzione a *Umweltgesetzbuch (UGB-KomE) – Entwurf der Unabhängigen Sachverständigenkommission zum Umweltgesetzbuch beim Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit*, cit., in particolare p. 71; nonché la motivazione che accompagna l'attuale progetto di codice, *Referentenentwurf für das Umweltgesetzbuch*, cit. Così anche M. KLOEPFER, nella relazione al convegno *Herausforderung Umweltgesetzbuch*, 16 febbraio 2007, riportato nella sintesi degli interventi a cura di J. KENZLER, in *ZUR*, 2007, p. 220 ss., in particolare p. 221.

<sup>33</sup> La categoria dei codici classici è naturalmente sopravvissuta anche nel nostro ordinamento, cfr. Consiglio di Stato, sez. cons. atti normativi, 21 maggio 2007, n. 2024, in particolare punto 7.5, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>34</sup> Sulle odierne codificazioni nel dibattito italiano, S. RODOTÀ, *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile*, in *Riv. dir. comm.*, 1967, p. 84 ss.; N. IRTI, *L'età della decodificazione*, Milano, Giuffrè, 1979; P. GROSSI, *Codici: qualche conclusione tra un millennio e l'altro*, in *Mitologie giuridiche della modernità*, del medesimo Autore, Milano, Giuffrè, 2001, p. 83 ss.; *Codici: una riflessione di fine millennio*, Firenze, 26-28 ottobre 2000, Milano, Giuffrè, 2002, a cura di P. CAPPELLINI, B. SORDI, L. MENGONI, *L'Europa dei codici o un codice per l'Europa?*, Roma, Centro studi e ricerche di diritto comparato e straniero, 1993; i contributi raccolti in *Codificazione, semplificazione e qualità delle regole*, a cura di M. A. SANDULLI, cit.; S. PATTI, *Diritto privato e codificazioni europee*, Milano, Giuffrè, 2007, per l'analisi di alcune questioni centrali anche per la codificazione del diritto ambientale, in particolare sul rapporto delle codificazioni nazionali con il diritto europeo, pp. 23-36; sul metodo della legislazione per principi e sul c.d. "sistema misto", fondato sulla combinazione di regole rigide e principi, pp. 37-54. Per un approfondimento del significato della codificazione settoriale, S. DE FELICE, *La semplificazione del diritto: la codificazione recente in Italia*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), 2008, in particolare pp. 6-8.

<sup>35</sup>Più precisamente, i codici micro-settoriali secondo il Consiglio di Stato, Adunanza generale, parere 25 ottobre 2004, n. 2, in *Foro it.*, 2005, III, cc. 209 ss., si distinguono più nettamente dai codici classici, perché sono improntati alla realizzazione di "micro-sistemi legislativi, dotati di una razionalità più debole, non fondati sull'idea dell'immutabilità della società civile, improntati a sperimentalismo ed incentrati su logiche di settore, di matrice non

come è stato osservato, si distinguono dai codici classici anche perché la loro formazione, a differenza dei codici classici, non è dovuta ad una “forte scelta politica da parte dello Stato”<sup>36</sup>.

Il profilo della razionalità debole, peraltro equivoco se riferito al contenuto di questa forma legislativa, non si addice immediatamente all’idea di codice ambientale tedesco che ancora alla comprovata forza e condivisione del pensiero custodito dai suoi principi e alla elevata razionalità del suo sistema normativo, (frutto di una trentennale attività di elaborazione, creazione e sistematizzazione del diritto ambientale), la pretesa ad una estesa unificazione della disciplina sul territorio federale, e l’intento di stabilizzare la normativa di questo settore, (che naturalmente non vuole, né potrebbe corrispondere alla sua pietrificazione), nonché l’aspirazione a recuperare il ruolo guida della Germania nello sviluppo del diritto ambientale europeo.

Se, tuttavia, con il concetto di razionalità più debole si vuole esprimere soltanto una minore rigidità della disciplina codicistica, allora si tratta di un carattere condiviso dal progetto di codice ambientale tedesco<sup>37</sup>.

Sicuramente, invece, il progetto di codice che la *Große Koalition* programmava di approvare entro il 2009 intendeva esprimere una scelta politica forte dello Stato, ampiamente condivisa dagli opposti schieramenti politici.

Nel suo complesso, come vedremo, il codice ambientale è improntato ad un sistema “misto”<sup>38</sup> di principi e clausole flessibili e di regole analitiche, che lascia all’amministrazione, ma solo quando lo giudica opportuno, un significativo spazio discrezionale di valutazione e di decisione secondo le esigenze concrete, mentre affida alla giurisprudenza il compito di verificare che le finalità della legge siano state assicurate nella sua attuazione, tenuto conto delle specificità dei casi concreti. A tale scopo, specialmente attraverso una sintetica definizione dei principi per il diritto ambientale, il codice dota l’amministrazione e i giudici di una scorta di significati fondamentali, che spetterà loro utilizzare come criteri valutativi per colmare le inevitabili lacune. La complessità della realtà, infatti, la rende talora imprevedibile, cosicché il ricorso ad una legislazione per principi e ricca di concetti indeterminati consente in certi casi di scongiurare il rischio di decisioni arbitrarie, meglio di quanto ciò non sia possibile attraverso regole rigide, specialmente se si tiene conto che la ragionevolezza della legge, oggi, deve essere valutata alla luce dei principi costituzionali, essendo stata privata della sua tradizionale autoreferenzialità<sup>39</sup>.

La codificazione moderna, perciò, deve abbandonare la pretesa alla assoluta esaustività della sua disciplina.

La rilevante inclinazione finalistica, che specialmente per l’influenza del diritto comunitario, incentra la legislazione ambientale sulla razionalità degli obiettivi perseguiti, piuttosto che

esclusivamente giuridica” che aspirano “al raggiungimento di equilibri provvisori, ma di particolare significato perché orientati a raccogliere le numerose leggi speciali di settore, in modo tale da conferire alla raccolta una portata sistematica, orientandola ad idee regolative capaci di garantire l’unità e la coerenza complessiva della disciplina”. L’idea della razionalità debole è mutuata da *Il pensiero debole*, a cura di G. VATTIMO, P. A. ROVATTI, Milano, Feltrinelli, II ed., 1984.

<sup>36</sup> Così, L. ROSSI CARLEO, *La codificazione di settore: il codice del consumo*, in *Codificazione, semplificazione e qualità delle regole*, a cura di M. A. SANDULLI, cit., p. 67 ss.

<sup>37</sup> Sul punto, S. DE FELICE, *La semplificazione del diritto: la codificazione recente in Italia*, cit.

<sup>38</sup> Secondo l’opzione preferita da J. W. HEDEMANN, *Über die Kunst, Gute Gesetze zu machen*, in *Festschrift Otto Gierke zum 70. Geburtstag*, cit., ID., *Wesen und Wandel der Gesetzgebungstechnik*, in *Festschrift zum 70. Geburtstag von W. Schmidt-Rimpler*; sul tema S. PATTI, *Diritto privato e codificazioni europee*, cit., p. 37 ss.; S. DE FELICE, *La semplificazione del diritto: la codificazione recente in Italia*, cit., p. 6 ss.

<sup>39</sup> Su questi aspetti, K. LARENZ, C.-W. CANARIS, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, München, Springer, 1995, nonché U. DI FABIO, *Das Kooperationsprinzip – ein allgemeiner Rechtsgrundsatz des Umweltrechts*, in *Das Kooperationsprinzip im Umweltrecht*, a cura di M. HUBER, Berlin, Berlin Verlag, 1999, p. 129 ss.

sull'attuazione di predeterminati valori non svuota il significato dell'opera codificatoria<sup>40</sup>, proprio perché essa, oggi, non può essere più concepita come disciplina totalmente esaustiva del settore, perpetua e priva di soluzioni di compromesso, ma piuttosto come cornice e struttura normativa portante che consente anche alla legislazione finalistica di svilupparsi in modo coerente e di evitare quelle contraddizioni di valori non intenzionali, ma dipendenti piuttosto dalla frammentazione della disciplina<sup>41</sup>.

Al tempo stesso, nell'ordinamento tedesco la codificazione del diritto ambientale rappresenta l'occasione per l'adattamento del carattere finalistico del diritto comunitario alla struttura tendenzialmente condizionale rispondente a principi fondamentali, di rilievo costituzionale, in particolare al principio di legalità, come inteso nell'ordinamento tedesco<sup>42</sup>. Adattamento, d'altra parte, necessario per una migliore osservanza dei vincoli discendenti dalla normativa europea.

Come vedremo, il progetto di codice intende anche ricondurre alla legge e, attraverso di essa al Parlamento, quelle scelte che la Costituzione gli riserva.

Ciò non significa, peraltro, un'anacronistica interpretazione del concetto di riserva di legge nelle materie ad alto contenuto tecnico, come tipicamente è il diritto ambientale, in linea con l'impostazione della giurisprudenza costituzionale tedesca che, al riguardo, ha da tempo evidenziato l'esigenza di una tutela dinamica dei diritti fondamentali attraverso regole flessibili che consentano l'adeguamento ai successivi sviluppi delle conoscenze tecniche e scientifiche, e, per questa via, una garanzia effettiva<sup>43</sup>.

Il progettato codice, in questa prospettiva, intende valorizzare, a garanzia della democraticità delle scelte tecniche, anche altre forme di democrazia, e, fra queste, innanzitutto la "partecipazione" ai procedimenti di produzione del diritto, e al procedimento amministrativo. Stabilisce, perciò, le garanzie necessarie affinché rispondano autenticamente al loro scopo gli istituti alternativi alla democrazia parlamentare, che esso accoglie, in modo che sia garantita comunque la democraticità dei procedimenti di produzione normativa, e che sia evitato il fenomeno dell'imposizione di regole tecniche ad opera dei gruppi di potere interessati, al di fuori di autentiche procedure di controllo democratico, come talora è accaduto specialmente negli ambiti normativi aventi un contenuto tecnico.

L'intento del codice, inoltre, è di stabilire i principi e le regole per orientare l'ampio potere regolamentare che esso affida al Governo con la approvazione del *Bundesrat*, la camera rappresentativa degli interessi dei *Länder*, assicurata la partecipazione degli interessati, nonché guidare la discrezionalità dell'amministrazione nello svolgimento dei principi del codice.

Su un diverso piano, un altro profilo che caratterizza il progetto di codificazione tedesco riguarda l'impostazione dei rapporti fra codificazione nazionale e sviluppi del diritto comunitario.

L'eventualità che il sistema codificato possa essere scardinato da sviluppi asistemati del diritto comunitario, già responsabile di varie incongruenze dei sistemi nazionali<sup>44</sup>, non è stata

<sup>40</sup> Questa è l'obiezione sollevata dalla voce più scettica rispetto alla codificazione, espressa da R. BREUR, *Empfiehl es sich, ein Umweltgesetzbuch zu schaffen, gegebenenfalls mit welchen Regelungsbereichen?, Gutachten B für den 59. Deutschen Juristentag*, cit.

<sup>41</sup> Cfr. M. KLOEPFER, *Umweltrecht*, cit.

<sup>42</sup> In questo senso, R. WAHL, *Das deutsche Genehmigung und Umweltrecht unter Anpassungsdruck*, in *Umweltrecht im Wandel*, a cura di K.-P. DOLDE, Berlin, E. Schmidt, 2001, p. 237 ss., in particolare p. 248 ss. Sui problemi di adattamento del diritto tedesco al diritto comunitario derivanti dalla diversità di struttura normativa, secondo lo schema condizionale ("se A allora B") il primo, molto spesso, invece, di carattere finale il secondo, che si limita ad indicare obiettivi da seguire, sono fondamentali i contributi di R. BREUR, *Konditionale und finale Rechtsetzung*, *AöR*, 2002, p. 523 ss.; M. KLOEPFER, *Die europäische Herausforderung – Spannungslagen zwischen deutschem und europäischen Umweltrecht*, cit.

<sup>43</sup> Cfr., *BVerfGE*, 49, 89, 137, sul punto M. KLOEPFER, *Umweltschutzrecht*, cit., p. 46.

<sup>44</sup> Per un'analisi puntuale, M. KLOEPFER, *Die europäische Herausforderung – Spannungslagen zwischen deutschem und europäischen Umweltrecht*, cit.

considerata un valido motivo per rinunciare ad una autentica codificazione del diritto ambientale, ma piuttosto un argomento per promuovere la codificazione anche del diritto europeo.

A tal proposito, risale al 1996 una presa di posizione comune del Ministero federale dell'Ambiente tedesco e del Ministero federale degli Esteri, secondo la quale i lavori già intrapresi in sede comunitaria consistenti nella nuova promulgazione di direttive più volte modificate e l'elaborazione di direttive quadro potevano considerarsi opportuni, ma non sufficienti, e sebbene inizialmente anche in dottrina, per la complessità dei processi decisori comunitari, l'idea della codificazione sia apparsa di difficile realizzazione<sup>45</sup>.

Oggi, peraltro, la stessa dottrina ritiene, invece, che le speranze di una codificazione del diritto comunitario nell'accezione propria di quell'ordinamento<sup>46</sup>, sia pure in tempi lunghi e dopo i necessari studi, siano migliori e non debbano essere considerate utopistiche<sup>47</sup>, specialmente in considerazione della nuova politica sulla qualità della regolamentazione, rafforzata in particolare con il Consiglio europeo di Lisbona del marzo 2000 e ribadita in successivi consigli, nonché tenuto conto del Libro Bianco della Commissione sulla *governance* europea<sup>48</sup>.

Quanto ai rapporti fra un'eventuale codificazione europea e gli eventuali codici nazionali, la questione si porrebbe in termini corrispondenti all'analoga problematica che si prospetta in relazione al diritto civile. Secondo l'opinione preferibile non c'è incompatibilità fra i rispettivi processi di codificazione e i relativi rapporti dovrebbero trovare un adeguato criterio regolatore nel principio di sussidiarietà<sup>49</sup>.

Un'ulteriore caratteristica della progettata opera di codificazione si coglie rispetto al perimetro della materia codificata. Il codice aspira alla sistematizzazione tendenzialmente di tutto il diritto ambientale, fino a dove esso possiede autonomia di settore giuridico. La straordinaria estensione del diritto ambientale, tale da "coprire come una rete pressoché ogni altro settore dell'ordinamento senza mai nascondere", ha un rilievo non soltanto quantitativo, dato che condiziona l'esercizio di numerosi diritti e libertà. L'obiettivo del codice tedesco non è soltanto di rendere il diritto ambientale "dominabile con lo sguardo"<sup>50</sup>. Esso intende anche sancirne la centralità nel moderno ordinamento costituzionale, e, come si è detto, predisporre un modello regolativo capace di indirizzare il suo ulteriore sviluppo.

<sup>45</sup> Sul punto, H.W. RENGELING, *Ein Europäisches Umweltgesetzbuch: Utopie oder Vision?*, in *Umweltrecht im Wandel*, cit., p. 171 ss., in particolare 173 per la riproduzione di alcuni passi del documento interministeriale indicato nel testo.

<sup>46</sup> Al fine di precisare i termini del dibattito è sufficiente ricordare, come risulta sia dal rapporto Mandelkern, (rapporto redatto in seguito al Consiglio europeo di Lisbona da una commissione di esperti incaricata di predisporre un piano per la semplificazione delle regole e per il miglioramento della regolamentazione, reperibile all'indirizzo web, <http://ec.europa.eu/governance/impact>), sia dalla Comunicazione della Commissione *Semplificare e migliorare la regolamentazione*, (Comunicazione della Commissione *Semplificare e migliorare la regolamentazione*, del 5 dicembre 2001, COM (2001) 726 def., p. 5 nota 8), che per codificazione sul piano comunitario si intende un processo nel quale atti giuridici diversi sono riuniti in un nuovo atto giuridico che abroga gli atti giuridici codificati, senza contestualmente modificarne il contenuto.

<sup>47</sup> Sul tema H.W. RENGELING, *Die Kodifikation des Umweltrechts auf nationaler und europäischer Ebene: Chancen und Risiken für eine bessere Rechtsetzung und Umsetzung des EG-Umweltrechts*, cit.

<sup>48</sup> Libro bianco su *La governance europea* del 25 luglio 2001, COM (2001) 428 def. Sulla codificazione del diritto ambientale europeo si veda anche la Risposta della Commissione U.e. alla Interrogazione parlamentare U.e. E-1983/02 (Codificazione del diritto comunitario dell'ambiente), in *GUCE* 6 febbraio 2003 C 28 E.

<sup>49</sup> Sul punto, H.W. RENGELING, *Die Kodifikation des Umweltrechts auf nationaler und europäischer Ebene: Chancen und Risiken für eine bessere Rechtsetzung und Umsetzung des EG-Umweltrechts*, cit.; sul tema, nella letteratura italiana, con riferimento alla codificazione del diritto privato, L. MENGONI, *L'Europa dei codici o un codice per l'Europa?*, cit.

<sup>50</sup> L'espressione è ripetuta frequentemente nella letteratura tedesca, ad esempio, H.J. PAPIER, *Entwurf eines Umweltgesetzbuches, Vom Allgemeinen zum Besonderen Teil*, cit., p. 1133.

Al tempo stesso, un altro aspetto qualificante della progettata opera di codificazione è costituito dalla scelta di perseguire gli obiettivi di semplificazione normativa e amministrativa senza variazioni sensibili del livello di tutela ambientale prescritto dalla vigente disciplina sostanziale<sup>51</sup>.

Una codificazione così concepita, tuttavia, richiede tempi lunghi per la sua realizzazione, particolarmente tenuto conto dell'esigenza di garantire un adeguato dibattito in Parlamento.

L'insegnamento dell'illustre studioso dell'"arte di fare buone leggi"<sup>52</sup>, che comandava "lentezza" al codificatore, è stato osservato. Dopo il trentennale percorso di preparazione della codificazione, il Governo federale ha ritenuto insufficiente il tempo a disposizione in questa legislatura per l'approvazione dell'intero codice, e ha pertanto stabilito di ricorrere ad una particolare tecnica di codificazione: la *abschnittsweise Kodifizierung*, ("codificazione segmentata"), che sarà illustrata nel paragrafo seguente.

### 3.La *abschnittsweise Kodifizierung* ("codificazione segmentata").

Con la tecnica della *abschnittsweise Kodifizierung*, "codificazione segmentata" già sperimentata in Germania per il *Sozialgesetzbuch*, (Codice sociale), si intende realizzare un codice unitario, ma in fasi successive, secondo una soluzione che consente di conciliare diverse esigenze: i tempi lunghi che una codificazione estesa e complessa richiede in un sistema democratico, l'aspirazione ad una profonda armonizzazione della legislazione ambientale, ad una buona qualità della legislazione, e alla tendenziale completezza dell'opera codificatoria, nonché la percepibilità del processo di codificazione come peculiare tecnica legislativa e del codice come modo di presentazione del diritto, cui sono collegati anche non secondari effetti simbolici e politici di coronamento e consacrazione della centralità del diritto ambientale<sup>53</sup>.

La medesima tecnica si presta anche ad agevolare il superamento degli ostacoli politici che la codificazione può incontrare, consentendo di rinviare l'approvazione della disciplina dei settori per i quali manca un adeguato consenso<sup>54</sup>.

La strategia della "codificazione segmentata" prescelta per il diritto ambientale è poi funzionale a garantire un adeguato dibattito parlamentare sulla parte di codice ambientale raccolta nel libro di volta in volta oggetto di approvazione, il quale costituisce una autonoma legge<sup>55</sup>.

L'esame parlamentare, che era stato programmato per la fine del 2008<sup>56</sup>, era stato inoltre preceduto da un ampio confronto nella fase di elaborazione del progetto ad opera del Ministero dell'ambiente, sia con i *Länder* nell'ambito del *Bund-Länder Arbeitsgruppe UGB*, (*BLAG UGB*), gruppo di lavoro istituito presso la *Umweltministerkonferenz*, (Conferenza dei ministri dell'ambiente), sia con i rappresentanti del mondo accademico, della giustizia, delle associazioni industriali e ambientaliste, in numerosi seminari organizzati dal medesimo Ministero<sup>57</sup>.

L'esigenza di un'autentica democraticità della codificazione anche per la sua accettazione non deve essere sottovalutata. Significativa è al riguardo l'esperienza francese. La necessità di una codificazione in sede parlamentare è stata ripetutamente sollecitata dalla dottrina, rimasta poi delusa sia dall'inserimento del *Code de l'environnement* nel generale *trend* delle codificazioni settoriali, sia dalla decisione del *Conseil constitutionnel*, che ha rigettato le censure di legittimità

<sup>51</sup> Cfr. G. WINTER, *Das Umweltgesetzbuch – Überblick und Bewertung*, cit.

<sup>52</sup> J. W. HEDEMANN, *Über die Kunst, Gute Gesetze zu machen*, cit., *Id.*, *Wesen und Wandel der Gesetzgebungstechnik*, cit.

<sup>53</sup> Su questa tecnica di codificazione indicata anche come *gestufte Kodifikation*, "codificazione a scalini", M. KLOEPFER, *Umweltschutzrecht*, cit., p. 25 ss., nonché il documento del *Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit* del 5 luglio 2006, reso disponibile dalla sua Divisione Codice ambientale e diritto ambientale trasversale.

<sup>54</sup> M. KLOEPFER, *Umweltschutzrecht*, cit., p. 25 ss.

<sup>55</sup> Sul punto, M. KLOEPFER, *Umweltschutzrecht*, cit., p. 27 ss.

<sup>56</sup> M. KLOEPFER, *Das Umweltgesetzbuch auf dem Weg, Zum Referentenentwurf eines UGB (UGB-RefE)*, cit.

<sup>57</sup> Cfr. la motivazione del *Referentenentwurf*, cit. Le prese di posizione delle associazioni sono reperibili all'indirizzo web, [www.umweltgesetzbuch.org](http://www.umweltgesetzbuch.org).

costituzionale per violazione del principio di sovranità nazionale sollevate avverso la scelta di approvare il codice con ordinanza governativa, ai sensi dell'art. 38 della costituzione francese<sup>58</sup>.

Secondo la progettata segmentazione del processo di codificazione, che continua a concepire come unitario il suo oggetto, sulla base del progetto ministeriale del maggio 2008, il Governo federale tedesco prevedeva di adottare nella presente legislatura i primi cinque libri del codice, *Umweltgesetzbuch (UGB I-V)*. Come vedremo in seguito, non è stato sottoposto alle prime audizioni delle associazioni interessate, dei *Länder* e dei Comuni, il libro VI dedicato alla disciplina delle energie rinnovabili, che faceva parte del progetto di codice nella versione del novembre 2007, ma non fa parte della versione modificata del medesimo progetto, approvata il 20 maggio 2008.

Il Ministero ha ritenuto opportuno scorporare questo libro dal primo procedimento legislativo per l'approvazione del codice ambientale, in modo da proteggere i primi cinque libri dal prevedibile insorgere di acuti contrasti sul libro VI<sup>59</sup>, e ha approvato il libro sesto come legge

---

<sup>58</sup> A tal proposito è opportuno ricordare che in Francia, come in Germania, il dibattito sulla codificazione del diritto ambientale risale alla metà degli anni Settanta. La *Société française pour le droit de l'environnement*, (*SFDE*), incaricata dal Ministero dell'Ambiente di vagliare la fattibilità di un codice ambientale, aveva concluso il suo rapporto nel senso "della necessità giuridica e sociale di un codice adeguato a consacrare solennemente una priorità politica maggiore, a condizione che esso sia elaborato dal Parlamento". Prima dell'emanazione del *Code de l'environnement*, la dottrina francese aveva ribadito l'esigenza di sottrarre la codificazione del diritto ambientale ai metodi della codificazione a diritto costante stabiliti per i codici di settore, sebbene questa aspettativa sia stata poi delusa. Anche per il codice dell'ambiente, infatti, ai sensi dell'art. 38 della costituzione, la legge 99-1071 del 16 dicembre 1999 ha autorizzato il Governo all'approvazione con ordinanza, che è poi stata adottata il 18 settembre 2000. Come accennato nel testo, la decisione di procedere a questo tipo di codificazione è stata sottoposta anche al giudizio del *Conseil constitutionnel*. Si censurava fra l'altro, proprio la scelta della Commissione superiore di procedere ad una codificazione a diritto costante poiché essa era stata esplicitamente fondata sull'esigenza di ridurre al minimo l'esercizio del potere di emendamento spettante al Parlamento. Il *Conseil constitutionnel*, con decisione 99-421 del 16 dicembre 1999, (reperibile sul sito [www.conseil-constitutionnel.fr](http://www.conseil-constitutionnel.fr)), ha respinto le censure di violazione del principio di sovranità nazionale e di violazione del potere di emendamento del Parlamento con riferimento all'art. 34 della Costituzione, nonché di violazione dell'art. 38 Cost. La medesima decisione è stata peraltro fortemente criticata in dottrina per il suo formalismo. La dichiarazione di conformità a Costituzione si fonda essenzialmente sulla circostanza che la limitazione del diritto costante si impone solo all'amministrazione che codifica, non al Parlamento, che resta libero di esercitare il suo potere legislativo, eventualmente attraverso emendamenti al progetto di legge di ratifica dell'ordinanza, secondo quanto previsto dall'art. 38 della Costituzione francese. Per completezza è opportuno segnalare che nel corso della lunga fase di approvazione del codice francese, il Parlamento ha adottato alcune discipline integrative. Fra queste si segnala l'approvazione della legge 95-101, c.d. *Loi Barnier*, relativa al rafforzamento della tutela dell'ambiente, contenente fra l'altro i principi generali per la tutela dell'ambiente e la legge sulla tutela dell'aria. Tanto che si è parlato di codificazione a diritto <pseudo costante>, (così il Presidente della *SFDE*, P. BILLET, *Discours introductif*, in *RJE spécial*, 2005, p. 19 ss.). Nella letteratura francese, sulla codificazione del diritto ambientale: J. DE MALAFOSSE, *La codification de l'impossible, du Code rural au Code de l'environnement*, in *RFDA*, 1990, p. 4 ss.; C.A. MORAND, *Le droit néo-moderne des politiques publiques*, Paris, LGDJ, 1999; nonché i contributi pubblicati nel numero speciale di *RJE*, 2002, in particolare, M. PRIEUR, *Pourquoi une codification ?*, p. 9 ss.; A. KISS, *Les principes généraux du droit international de l'environnement sont-ils reflétés par le code de l'environnement ?*, p. 15 ss.; P. KROMAREK VOITELLIER, *Codification des dispositions relatives à la prévention des pollutions, risques et nuisances. Livre V du Code de l'environnement*, p. 23 ss.; M. -J. LITTMANN-MARTIN, *Code de l'environnement, droit pénal et procédure pénale : quelques réflexions*, p. 55 ss.; F. REISS, *Discours de clôture de la journée sur le <Code français de l'environnement>*, p. 90 ss. Nel senso che complessivamente il codice francese può considerarsi conforme al diritto internazionale e europeo, sebbene sussistano aspetti problematici in vista della capacità di adattamento del codice agli sviluppi futuri, A. KISS, *Les principes généraux du droit international de l'environnement sont-ils reflétés par le code de l'environnement ?*, cit.; P. BILLET, *Discours introductif*, cit., pur sottolineando che il codice resta molto al di sotto delle aspettative dei suoi ideatori; vicina la posizione di M. PRIEUR, *Pourquoi une codification?*, cit. il quale, ritenuti prematuri giudizi definitivi prima del completamento dell'opera di codificazione con la parte regolamentare, peraltro evidenzia l'inadeguatezza dell'attuale codice alla realtà giuridica del diritto ambientale, così testualmente, p. 14.

<sup>59</sup> Sul punto maggiori dettagli più avanti nel testo.

singola, in un separato procedimento legislativo, come già previsto in occasione della predisposizione del progetto del 2007<sup>60</sup>.

Dato l'ampio consenso politico e sociale che sostiene la codificazione del diritto ambientale tedesco, il Ministero programmava di poter completare il codice nella successiva legislatura, entro il 2013, attraverso l'incorporazione degli altri settori<sup>61</sup>, di volta in volta raggruppati in libri, e inclusi nel codice solo dopo un rigoroso esame della loro compatibilità sistematica con la parte di codice di volta in volta già approvata. Si tratta ad esempio, della disciplina delle sostanze pericolose, del diritto dei rifiuti, della tutela del suolo e delle bonifiche, della disciplina dei prodotti, della normativa relativa alle radiazioni ionizzanti.

#### **4. La struttura del progetto di codice ambientale tedesco.**

La struttura del codice ambientale corrisponde a quella dei codici classici, con gli aggiustamenti richiesti dall'adozione della tecnica della *abschnittsweise Kodifizierung*.

Il progetto si articola in una parte generale, il libro primo del codice, e in successivi libri speciali. Ciascun libro ha un'autonoma numerazione dei paragrafi in cui si articola.

Come anticipato, nella sedicesima legislatura si prevede l'approvazione dei primi cinque libri del codice.

Il libro primo, *Umweltgesetzbuch Erstes Buch (UGB I)*, contiene le disposizioni generali applicabili a tutti gli altri libri, (cioè lo scopo del codice, i principi generali e le definizioni), la disciplina della valutazione ambientale strategica; la disciplina per la tutela dell'ambiente nelle imprese e le agevolazioni per le imprese certificate; la disciplina generale relativa alla prevenzione e al risanamento dei danni ambientali; i rimedi giuridici per le questioni ambientali; una disciplina (ancora incompleta) sulla produzione del diritto ambientale; il diritto ambientale correlato all'autorizzazione dei progetti, ("autorizzazione integrata di progetto" e valutazione di impatto ambientale); alcune disposizioni finali relative al primo libro, nonché dieci allegati.

Per quanto riguarda la parte speciale: il secondo libro, *Umweltgesetzbuch Zweites Buch (UGB II)*, contiene la disciplina relativa alla tutela delle acque; il terzo libro, *Umweltgesetzbuch Drittes Buch (UGB III)*, contiene la disciplina della protezione della natura e della cura del paesaggio; il quarto libro, *Umweltgesetzbuch Viertes Buch (UGB IV)*, contiene le regole per la tutela contro le radiazioni non ionizzanti; il quinto libro, *Umweltgesetzbuch Fünftes Buch (UGB V)*, è dedicato alla disciplina del commercio di emissioni.

Resta da precisare che la scelta della *abschnittsweise Kodifizierung* ha per conseguenza che, in via transitoria, accanto al codice ambientale è prevista parzialmente la vigenza della legislazione relativa ai settori ancora non inclusi nel codice. Pertanto, è stato predisposto anche un disegno di legge di introduzione al codice ambientale, *Einführungsgesetz zum Umweltgesetzbuch*<sup>62</sup>, che chiarisce quali disposizioni sono immediatamente abrogate dal codice, e quali restano ulteriormente applicabili in attesa del completamento della codificazione.

Nei prossimi paragrafi si procederà all'esame dei più significativi contenuti del primo libro del codice.

#### **5. UGB I: lo scopo del codice ambientale come concretizzazione del compito costituzionale di protezione dei fondamenti naturali della vita (art. 20 a GG).**

<sup>60</sup> Cfr. il discorso tenuto in occasione della anticipazione del progetto di codice ambientale nella versione del novembre 2007 dalla *Parlamentarische Staatssekretärin* Astrid Klug, al convegno *Progressives Umweltgesetzbuch?*, cit.

<sup>61</sup> Cfr. gli atti del *Forum Umweltgesetzbuch Band 1: Dokumentation der BMU-Tagung Herausforderung Umweltgesetzbuch*, pubblicazione a cura del Ministero federale dell'ambiente.

<sup>62</sup> Il disegno di *Legge di introduzione al codice ambientale, Entwurf eines Einführungsgesetzes zum Umweltgesetzbuch (EG UGB)* del 20 maggio 2008, (già disponibile in una prima versione del 17 dicembre 2007), è reperibile all'indirizzo [www.bmu.de](http://www.bmu.de).

Il primo libro si apre con l'indicazione dello scopo del codice, che costituisce il più generale elemento unificante della disciplina contenuta nei successivi libri. Ciascuno di essi, a sua volta, si apre con ulteriori specificazioni della determinazione di scopo contenuta nel § 1 del libro primo.

L'uomo e l'ambiente sono assunti dal § 1 *UGB I* come oggetto meritevole di protezione giuridica anche nei confronti delle generazioni future. La separata menzione dell'uomo e dell'ambiente risponde ad una formulazione tradizionale del diritto tedesco<sup>63</sup>.

La determinazione di scopo stabilita dal § 1 *UGB I*, è poi specificata in ciascuno dei successivi libri del codice con riferimento all'ambito normativo in essi disciplinato.

In particolare il § 1 *UGB II*, dedicato al regime delle acque, prevede che scopo del secondo libro è "tutelare le acque come componente dell'equilibrio naturale, come fondamento della vita dell'uomo, come spazio vitale per animali e piante e come risorsa".

La stessa impostazione è seguita dal § 1 *UGB III*, dedicato alla protezione della natura e alla cura del paesaggio. Articolata in sei commi, quest'ultima disposizione precisa che la natura e il paesaggio, sia nelle zone popolate che in quelle disabitate, sono tutelati come valori in sé e come fondamento della vita dell'uomo, anche per la sua salute. Tale disposizione contiene una serie di indicazioni di principio relative agli specifici fattori tutelati e alle relative modalità. Così, sono oggetto di protezione la biodiversità, la capacità di prestazione e la funzionalità dell'equilibrio naturale, (espressione talora distinta nella dottrina dal concetto di ecosistema), inclusa la capacità di rigenerazione e la futura utilizzabilità dei beni naturali, la molteplicità, la bellezza, la tipicità, il valore ricreativo della natura e del paesaggio. Con la precisazione che il concetto di tutela comprende anche la cura, lo sviluppo e, nella misura in cui sia necessario, la ricostituzione della natura e del paesaggio.

Il § 1 *UGB IV*, dedicato alla disciplina delle radiazioni non ionizzanti, precisa che la disciplina in esso contenuta è finalizzata alla tutela e alla precauzione dagli effetti dannosi delle radiazioni non ionizzanti sull'uomo e sull'ambiente.

Infine il § 1 *UGB V*, dedicato al commercio di emissioni, assume come obiettivo di questo libro, la tutela del clima attraverso la riduzione dell'emissione di gas a effetto serra.

Sulle sorti del *UGB VI*, dedicato alla disciplina delle energie rinnovabili, si è già detto. Nella versione del progetto ministeriale resa nota il 27 novembre 2007, il § 1 del libro sesto indica come suo scopo creare le condizioni per un approvvigionamento energetico sostenibile.

Il § 1, *UGB I*, e le sue successive specificazioni come *ratio legis* positivizzata sono vincolanti per l'interprete<sup>64</sup>, e rispondono ad una caratteristica formulazione della legislazione ambientale che recepisce nell'articolato normativo gli scopi della disciplina, tradizionalmente indicati, invece, nel preambolo dei testi legislativi.

La formulazione dello scopo del codice riflette la convinzione che sul piano giuridico la contrapposizione fra le diverse concezioni di tutela dell'ambiente – antropocentrica, ecocentrica, nonché la sedicente autonoma prospettiva incentrata sulla conservazione delle risorse - non ha ragione d'essere<sup>65</sup>. Rispetto all'obiettivo di un'espressa determinazione di scopo, cioè concorrere a definire i termini nei quali l'ambiente è meritevole di protezione giuridica, le tre prospettive, infatti, conducono dal punto di vista pratico a risultati corrispondenti. A tal fine è assorbente il rilievo che anche la prospettiva antropocentrica, specialmente se estesa agli interessi delle generazioni future<sup>66</sup>,

<sup>63</sup> Cfr. *Referentenentwurf*, cit., motivazione, p. 135.

<sup>64</sup> M. KLOEPFER, *Umweltrecht*, cit., p. 20.

<sup>65</sup> Su queste diverse concezioni, M. KLOEPFER, *Umweltrecht*, cit., p. 19 ss.

<sup>66</sup> Per l'osservazione che le dispute intorno allo scopo di tutela del diritto ambientale sul piano giuridico hanno per oggetto un falso problema, data la possibile soddisfazione non conflittuale degli interessi antropocentrici ed ecocentrici, in ragione della complessità dei bisogni di tutela dell'eco-sistema, con la conseguenza, ad esempio, che il risparmio delle risorse naturali tutela il bene ambiente, ma al tempo stesso protegge gli interessi delle generazioni future, in una prospettiva, quindi, antropocentrica, M. KLOEPFER, *Umweltrecht*, cit., p. 19 ss.; sulla tutela delle generazioni future come aspetto delle politiche per uno sviluppo sostenibile, E. REHBINDER, *Das deutsche Umweltrecht auf dem Weg zur Nachhaltigkeit*, in *NVwZ*, 2002, p. 657 ss.

come previsto dalla Costituzione tedesca e dal codice<sup>67</sup>, richiede comunque il più alto livello di protezione e il risparmio delle risorse non rinnovabili.

Lo scopo del codice e le sue specificazioni rappresentano la concretizzazione del compito statale di tutela dei fondamenti naturali della vita e degli animali, sancito dall'art. 20a GG<sup>68</sup> anche nei confronti delle generazioni future, e costituiscono inoltre attuazione dei doveri di protezione della dignità dell'uomo e dello sviluppo della sua personalità, della libertà, del diritto alla vita e all'integrità del corpo, stabiliti dagli art. 1 e 2 GG<sup>69</sup>.

A tal proposito è opportuno ricordare che l'art. 20a GG formula una fondamentale determinazione di scopo dello Stato, equiparata al principio dello stato federale democratico e sociale<sup>70</sup>, come risulta oltre che dal tenore letterale, anche dalla collocazione sistematica della disposizione, ma esso non fonda direttamente alcun diritto del cittadino alla tutela dell'ambiente correlato a specifici obblighi statali<sup>71</sup>. L'opzione della soggettivizzazione degli interessi ambientali in un autonomo diritto individuale avente per oggetto una generale pretesa all'integrità dell'ambiente è stata scartata nell'ordinamento tedesco per evitare gli inconvenienti ad essa correlati, in particolare il rischio di un sovraccarico dei tribunali e le difficoltà nei rapporti fra giudici e legislatore che essa avrebbe potuto sollevare. Peraltro, l'art. 20 a svolge una funzione di completamento dei diritti fondamentali già riconosciuti dalla Legge fondamentale, che devono essere interpretati alla luce del compito statale di protezione dei fondamenti naturali della vita<sup>72</sup>.

L'art. 20 a è immediatamente vincolante per gli organi statali menzionati dalla stessa disposizione – il potere legislativo, il potere esecutivo e la giurisprudenza – ai quali essa è indirizzata. Ne conseguono il vincolo e la legittimazione a tenere in massima considerazione lo scopo di tutela stabilito dal 20a GG, per i soggetti pubblici, nonché per i privati incaricati di compiti pubblici. Pertanto, questa disposizione costituisce il fondamento costituzionale di alcuni principi per la tutela dell'ambiente: il principio di difesa dai pericoli, il precetto di risanamento dei danni all'ambiente, ovvero della loro compensazione, il precetto di minimizzazione dei rischi, il principio del risparmio delle risorse, il divieto di peggioramento dello stato dell'ambiente<sup>73</sup>. Tuttavia, data l'indeterminatezza dello scopo di tutela, agli organi pubblici compete di regola una discrezionalità talmente ampia da potersi configurare una violazione soltanto in caso di manifesto disconoscimento degli interessi tutelati dalla norma, secondo il criterio generalmente valido in realzione ai diritti discendenti da doveri oggettivi di protezione a carico dello Stato, nonché con riferimento al principio dello stato sociale. Quindi, spetta essenzialmente al legislatore il

<sup>67</sup> Sull'art. 20 a GG, che affida allo Stato il compito di tutelare i fondamenti naturali della vita e gli animali, anche con riguardo alle generazioni future, M. KLOEPFER, *Umweltschutz als Verfassungsrecht: Zum neuen Art. 20a GG*, in *DVBl*, 1996, p. 73 ss.; S. HESELHAUS, *Verfassungsrechtliche Grundlagen des Umweltschutzes*, in *Grundzüge des Umweltrechts*, a cura di K. HANSMANN, D. SELLNER, Berlin, Erich Schmidt Verlag, III ed. rivista e ampliata, 2008.

<sup>68</sup> L'art. 20a GG è stato introdotto nella costituzione tedesca nel 1994, attraverso la quarantaduesima legge di revisione costituzionale; esso è stato modificato nel 2002, dalla cinquantesima legge di revisione del *Grundgesetz*, che ha aggiunto lo scopo di tutela degli animali. Non compare invece nel *Grundgesetz* il termine ambiente, sebbene già nel 1972 esso fosse menzionato nel titolo della trentesima legge di revisione costituzionale, che attribuiva alla Federazione la competenza legislativa in materia di smaltimento dei rifiuti, di rumori e di tutela dell'aria, cfr., M. KLOEPFER, *Umweltschutz als Verfassungsrecht: Zum neuen Art. 20a GG*, cit.

<sup>69</sup> Cfr. la motivazione del progetto di codice, *Referentenentwurf*, cit., p. 135 ss.

<sup>70</sup> Principi espressamente stabiliti all'art. 20 GG.

<sup>71</sup> Sul punto e sul significato della collocazione dell'art. 20 a nel Titolo II dedicato alla Federazione e ai *Länder*, cioè nel Titolo immediatamente successivo a quello dedicato ai diritti fondamentali, M. KLOEPFER, *Umweltschutz als Verfassungsrecht: Zum neuen Art. 20a GG*, cit.; R. SPARWASSER, R. ENGEL, A. VOBKUHLE, *Umweltrecht - Grundzüge des öffentlichen Umweltschutzrechts*, Heidelberg, Müller, V ed. riv., 2003 p. 47.

<sup>72</sup> Cfr. S. HESELHAUS, *Verfassungsrechtliche Grundlagen des Umweltschutzes*, in *Grundzüge des Umweltrechts*, p. 30 ss.

<sup>73</sup> R. SPARWASSER, R. ENGEL, A. VOBKUHLE, *Umweltrecht - Grundzüge des öffentlichen Umweltschutzrechts*, cit. p. 49.

contemperamento fra l'interesse tutelato dall'art. 20 a e gli interessi tutelati da altre disposizioni costituzionali, senza che sia configurabile una sua astratta prevalenza, né relativa né assoluta<sup>74</sup>.

Un altro fondamentale corollario del dovere statale di protezione dei fondamenti naturali della vita sancito dall'art. 20 a GG è costituito dal rilievo costituzionale che esso offre alla tutela procedimentale dei diritti fondamentali, (*Grundrechtsschutz durch Verfahren*)<sup>75</sup>. Così, ad esempio il procedimento amministrativo per l'autorizzazione di impianti industriali deve essere organizzato in modo da garantire che sia evitato il pericolo di una diminuzione dei diritti sostanziali suscettibili di essere colpiti dall'impianto. Se l'amministrazione ha disconosciuto nel corso del procedimento autorizzatorio una norma procedimentale preordinata alla garanzia di un diritto fondamentale interpretato alla luce dell'art. 20 a, si determina una lesione di quel diritto fondamentale<sup>76</sup>.

## 6. I principi per la tutela dell'ambiente e dell'uomo.

Il § 1, *UGB I*, secondo comma, formula i principi per la tutela dell'uomo e dell'ambiente, e li qualifica espressamente come principi generali.

In Germania, i principi del diritto ambientale sono il frutto di un'autonoma elaborazione, come anticipato, risalente in sede politica al programma governativo federale del 1971 e al Rapporto sullo stato dell'ambiente del 1976. Essi sono stati oggetto di approfondite riflessioni scientifiche che, già a partire dagli anni Settanta, hanno offerto un riferimento essenziale per l'evoluzione della legislazione ambientale, e hanno trovato una compiuta espressione nei due progetti di codice che hanno preceduto il *Referentenentwurf* del 2008. Le definizioni dei principi formulate in quei progetti, infatti, proponendo una formalizzazione sul piano positivo di quelle che in origine erano massime di azione politica, non solo hanno ispirato la successiva produzione normativa, ma hanno esercitato anche una notevole influenza sulla giurisprudenza chiamata ad applicare le disposizioni ad essi ispirate<sup>77</sup>, nonché sullo sviluppo del diritto ambientale comunitario. Grazie a questa lunga maturazione ciascuno dei principi enumerati nel progetto di codice racchiude in sé, attraverso una sintetica definizione, una vera e propria riserva di idee guida del moderno diritto ambientale.

Prima di procedere all'esame di questa disciplina è opportuno segnalare che la motivazione del progetto di codice contiene alcune precisazioni sulla portata giuridica dei principi per la tutela dell'ambiente.

In particolare, essi costituiscono ausili interpretativi in caso di dubbi sul significato o sul contenuto di singole disposizioni del codice, tuttavia, non sono capaci di fondare direttamente né requisiti ambientali, né obblighi di natura sostanziale o procedimentale, per l'istante o per il titolare di un'autorizzazione. Questi ultimi, infatti, possono essere desunti solo dalle disposizioni vigenti interpretate alla luce dei principi.

In secondo luogo, la funzione di integrazione degli strumenti interpretativi affidata ai principi trova un limite nel potere di attuazione dei concetti giuridici indeterminati impiegati dal codice spettante agli uffici amministrativi competenti, attraverso la normazione secondaria, secondo il principio dello stato di diritto e il principio di legalità<sup>78</sup>, e in linea con gli indirizzi della giurisprudenza amministrativa sui limiti di sindacabilità delle norme amministrative ambientali, (che segue, come vedremo, un regime peculiare).

<sup>74</sup> R. SPARWASSER, R. ENGEL, A. VOBKUHLE, *Umweltrecht - Grundzüge des öffentlichen Umweltschutzrechts*, cit.

<sup>75</sup> Sul tema, M. KLOEPFER, *Umweltschutzrecht*, cit., p. 38 ss.

<sup>76</sup> In tal senso la giurisprudenza del Tribunale costituzionale federale, *Bundesverfassungsgericht*, cfr. ad esempio, *BVerfGE* 53, 50. Si tenga presente che per i diritti fondamentali l'art. 93 GG prevede il ricorso individuale diretto al Tribunale costituzionale federale.

<sup>77</sup> Sul punto, M. KLOEPFER, *Sinn und Gestalt des kommenden Umweltgesetzbuchs*, cit., p. 168.

<sup>78</sup> Cfr. *Referentenentwurf*, cit. p. 135.

### 6.1 Il principio di difesa dai pericoli (*Gefahrenabwehrprinzip*) e il principio di precauzione (*Vorsorgeprinzip*).

Il § 1, secondo comma, n. 1, prevede il principio di difesa dai pericoli, *Prinzip der Gefahrenabwehr*, (corrispondente al principio comunitario di prevenzione), mentre il n. 2, formula il principio di precauzione, *Vorsorgeprinzip*:

“1. I pericoli per l’uomo e per l’ambiente devono essere evitati”

“2. Attraverso comportamenti precauzionali, i rischi per l’uomo o per l’ambiente devono essere per quanto possibile evitati, ovvero ridotti”.

Conviene esaminare in parallelo i due principi appena ricordati, dato che il principio precauzionale si è affermato nell’esperienza tedesca, come nuovo modello di tutela dell’ambiente e di garanzia della sicurezza dei cittadini<sup>79</sup> proprio distinguendosi dal paradigma degli interventi statali riconducibili al tradizionale principio di difesa dai pericoli, (*Gefahrenabwehrprinzip*).

<sup>79</sup> Sul principio di precauzione nella letteratura tedesca, R. BREUER, *Gefahrenabwehr und Risikovorsorge im Atomrecht*, in *DVBl*, 1978, p. 829 ss.; T. DARNSTÄDT, *Gefahrenabwehr und Gefahrenvorsorge: eine Untersuchung über Struktur und Bedeutung der Prognose-Tatbestände im Recht der öffentlichen Sicherheit und Ordnung*, Frankfurt, 1983; H.-W. RENGELING, *Der Stand der Technik bei der Genehmigung umweltgefährdender Anlagen*, Köln, 1985, p. 23 ss., con particolare riferimento ai risvolti di questo principio sul piano normativo; con riferimento ai rapporti Stato-cittadino, F. OSSENBÜHL, *Vorsorge als Rechtsprinzip im Gesundheits- Arbeits- und Umweltschutz*, in *NVwZ*, 1986, p. 161, ss.; per le questioni sollevate dall’attuazione del principio precauzionale nello stato di diritto, U. DI FABIO, *Risikoentscheidungen im Rechtsstaat*, Mohr, Tübingen, 1994; con riferimento a concrete applicazioni del principio, A. REICH, *Gefahr, Risiko, Restrisiko: das Vorsorgeprinzip am Beispiel des Immissionsschutzrechts*, Düsseldorf, 1989; V. PRITTWITZ, *Gefahrenabwehr - Vorsorge - Ökologisierung. Drei Idealtypen präventiver Umweltpolitik*, in *Präventive Umweltpolitik*, a cura di U. E. SIMONIS, Frankfurt am Main - New York, 1988, p. 49 ss.; sulle diverse dimensioni del principio precauzionale M. KLOEPFER, *Umweltrecht*, cit., p. 168; G. LÜBBE-WOLFF, *IVU Richtlinie und Europäisches Vorsorgeprinzip*, in *NVwZ*, 1998, p. 777 ss., R. STEINBERG, *Der ökologische Verfassungsstaat*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1998; C. CALLIES, *Rechtsstaat und Umweltstaat*, Mohr, Tübingen, 2001; E. REHBINDER, *Ziele, Grundsätze, Strategien und Instrumente des Umweltschutzes*, in *Grundzüge des Umweltrechts*, cit., p. 135 ss.

Per maggiori dettagli sul *Vorsorgeprinzip* rinvio alla ricerca da me svolta nel 2001 per l’Osservatorio sulla legislazione ambientale diretto da S. Grassi, segretario scientifico M. Cecchetti, i cui risultati sono in sintesi riprodotti in S. GRASSI, A. GRAGNANI, *Il principio di precauzione nella giurisprudenza costituzionale*, in [www.unina2.it](http://www.unina2.it), 2001, nonché in S. GRASSI, *Prime osservazioni sul ‘principio di precauzione’ come norma di diritto positivo*, in *Diritto e gestione dell’ambiente*, 2001, p. 37 ss. e più ampiamente in A. GRAGNANI, *Il principio di precauzione come modello di tutela dell’ambiente, dell’uomo, delle generazioni future*, testo distribuito dall’Osservatorio sulla legislazione ambientale diretto da S. Grassi, segretario scientifico M. Cecchetti, presso il seminario tenutosi al King’s College di Londra nel 2002, e successivamente pubblicato in *Riv. dir. civ.*, 2003, p. 9 ss. Fra i primi contributi sul principio di precauzione nella letteratura italiana, A. RUSSO, voce *Ambiente*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, vol. II, Milano, Giuffrè, 1998, p. 168 ss.; M. TALLACCHINI, *Ambiente e diritto della scienza incerta*, in *Ambiente e diritto*, a cura di S. GRASSI, M. CECCHETTI, A. ANDRONIO, Firenze, Olschki, 1999, p. 57 ss.; nel senso che con il principio di precauzione l’ordinamento comunitario “si sia limitato, fino ad oggi, a recepire una formula sostanzialmente <vuota> o, comunque <aperta>”, M. CECCHETTI, *Principi costituzionali per la tutela dell’ambiente*, Milano, Giuffrè, 2000, p. 191; il medesimo Autore riconosce successivamente al principio di precauzione un significato analogo a quello attribuitogli dalla dottrina tedesca, cfr. *La disciplina giuridica della tutela ambientale come “diritto dell’ambiente”*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 20 dicembre 2006, in particolare p. 98 ss., dove però afferma che tale principio troverebbe le sue origini nel diritto internazionale, a partire dalla Dichiarazione ministeriale di Bergen del 1990. Sugli importanti risvolti dell’applicazione del principio precauzionale con riferimento al nostro ordinamento C. CONSOLO, *Il rischio da “ignoto tecnologico”: un campo arduo per la tutela cautelare (seppur solo) inibitoria*, in *AA.VV.*, *Il rischio da ignoto tecnologico*, Milano, Giuffrè, 2002; G.D. COMPORTE, *Contenuto e limiti del governo amministrativo dell’inquinamento elettromagnetico alla luce del principio di precauzione*, in *Riv. giur. amb.*, 2005, p. 215 ss.; F. DE LEONARDIS, *Il principio di precauzione nell’amministrazione di rischio*, Milano, Giuffrè, 2005; F. FONDERICO, *“Rischio” e “precauzione” nel nuovo procedimento di bonifica dei siti inquinati*, in *Riv. giur. amb.*, 2006, p. 419 ss.; M. CAFAGNO, *Principi e strumenti di tutela dell’ambiente*, Torino, Giappichelli, 2007, p. 245 ss.; L. BUTTI, *The precautionary principle in environmental law. Neither arbitrary nor capricious if interpreted with equilibrium*, *Quaderni Riv. giur. amb.*, Milano, Giuffrè, 2007. Sull’introduzione del principio di precauzione nell’ordinamento comunitario in base alle elaborazioni tedesche, e su pressione della Germania, A. JORDAN, *The Precautionary Principle in the European Union*, in *Reinterpreting the precautionary principle*, a cura di T. O’ RIORDAN, J. CAMERON, A. JORDAN, London, 2001, p. 113 ss.; G. LÜBBE-WOLFF, *IVU Richtlinie und Europäisches Vorsorgeprinzip*, cit.

Come anticipato, la distinzione fra questi due modelli di tutela si incentra sulla distinzione nel linguaggio giuridico fra i termini “pericolo” e “rischio”.

Assunto anche nel diritto ambientale secondo l’accezione specifica del diritto di polizia<sup>80</sup>, nell’ordinamento tedesco il termine pericolo, (*Gefahr*), indica una situazione di fatto tale da innescare un processo causale che salvo interferenze esterne, secondo la certezza tendenziale delle leggi scientifiche, conduce con una sufficiente probabilità alla produzione di un danno.

Il grado di probabilità richiesto dal diritto di polizia in ordine al verificarsi dell’evento varia in ragione del valore del bene protetto e dell’entità del danno minacciato. La mera possibilità o una probabilità infinitesimale della produzione di un danno non sono sufficienti ad integrare una situazione di pericolo<sup>81</sup>.

La nozione di pericolo secondo la tradizione del diritto di polizia esige, inoltre, che il verificarsi dell’evento dannoso sia previsto anche a distanza di anni, ma non in un futuro remoto<sup>82</sup>.

Il presupposto che secondo il principio di difesa dai pericoli, (*Gefahrenabwehrprinzip*), legittima l’intervento statale pone con ciò dei requisiti eccessivamente rigorosi per una protezione effettiva dell’ambiente. La frequente irreparabilità dei danni ambientali e la loro caratteristica diffusività richiede, infatti, un’anticipazione della tutela per i casi in cui la prognosi di eventi dannosi si fondi su dati scientificamente ancora incerti. D’altra parte, l’individuazione delle fonti di pericolo per l’ambiente è complicata dall’esistenza di alcune sostanze inquinanti che assumono idoneità lesiva soltanto attraverso un processo di continuo incremento e di sedimentazione dell’immissione, o attraverso la reciproca interferenza di una pluralità di fonti di inquinamento, cosicché un’attività di per sé e nell’immediato non lesiva, può diventarla solo in un futuro remoto per la convergenza di diverse fonti inquinanti. Anche in queste ipotesi una tutela dell’ambiente effettiva e rispettosa delle esigenze delle generazioni future, può richiedere l’adozione di misure di protezione nell’immediato.

Di qui l’elaborazione del principio di precauzione, come modello di tutela dell’ambiente, dell’uomo, della natura, che sollecita l’adozione di provvedimenti di protezione sebbene non sussistano le condizioni che integrano una situazione di pericolo nell’accezione peculiare del diritto di polizia, perché manca la certezza scientifica della correlazione causale fra fatto ed evento, ovvero perché l’evento dannoso si profila in un futuro remoto.

<sup>80</sup> E’ opportuno precisare che nell’ordinamento tedesco con l’espressione “polizia” si indicavano originariamente sia le funzioni di polizia di sicurezza che quelle di cura e promozione del benessere della collettività, di qui la successiva estensione ai compiti di protezione dell’ambiente. Il concetto di “polizia” è stato successivamente delimitato con la nozione legislativa contenuta nell’*Allgemeines Landrecht* prussiano del 1794, secondo il quale la funzione di polizia consisteva soltanto nel prendere i necessari provvedimenti per il mantenimento della pace, della sicurezza e dell’ordine pubblico e per la difesa dai pericoli incombenti sulla collettività e sui suoi singoli membri (§ 10, parte II, titolo 17). La delimitazione dei compiti di polizia alla difesa dai pericoli è stata successivamente precisata e rafforzata dal *OVG* prussiano nelle sentenze *Kreutzberg*, del 10 giugno 1880 (*PrOVG* 1, 401) e del 14 giugno 1882 (*PrOVG* 9, 353), che costituiscono un punto di riferimento fondamentale per l’elaborazione del *Gefahrenabwehrprinzip*. Per ulteriori particolari, si veda la voce *Polizeibegriff*, in H. TILCH, F. ARLOTH, *Deutsches Rechts-Lexikon*, II, seconda edizione, München, 2001; per una recente ricostruzione dogmatica del concetto di *Gefahrenabwehr*, R. POSCHER, *Gefahrenabwehr: eine dogmatische Rekonstruktion*, Berlin, 1999; per un profilo istituzionale dell’attuale diritto di polizia tedesco, C. GUSY, *Polizeirecht*, sesta edizione, Tübingen, Mohr Siebeck, 2006. Sulla sostanziale coincidenza della nozione di pericolo utilizzata nel diritto di polizia con quella valida nel diritto ambientale, E. MURSWIEK, *Gefahr*, in *Handwörterbuch des Umweltrechts*, cit., p. 803 ss.; V. PRITTWITZ, *Gefahrenabwehr- Vorsorge- Ökologisierung*, cit., p. 49 ss.

<sup>81</sup> M. KLOEPFER, *Umweltrecht*, cit., 166 ss.; sulla questione si veda però F. OSSENBUHL, *Vorsorge als Rechtsprinzip im Gesundheits-, Arbeits- und Umweltschutz*, cit. secondo il quale in casi eccezionali anche una probabilità infinitesimale potrebbe essere sufficiente, in particolare se si tratti di evitare danni di dimensioni catastrofiche; sul tema anche V. PRITTWITZ, *Gefahrenabwehr - Vorsorge - Ökologisierung. Drei Idealtypen präventiver Umweltpolitik*, cit., p. 49 ss.

<sup>82</sup> Così V. PRITTWITZ, *Gefahrenabwehr - Vorsorge - Ökologisierung. Drei Idealtypen präventiver Umweltpolitik*, cit., 49 ss. e M. KLOEPFER, *Umweltrecht*, cit., p. 166 ss.

La situazione che sulla base del principio di precauzione legittima l'adozione di cautele capaci anche di incidere restrittivamente su libertà fondamentali presenta, quindi, requisiti meno rigorosi rispetto al principio di difesa dai pericoli, che si collocano al di sotto della soglia del pericolo, (*Noch-nicht-Gefahr*), ed integrano una situazione di rischio, (*Risiko*)<sup>83</sup>.

Si profila, inoltre, l'ulteriore categoria del rischio residuale, (*Restrisiko*), rischio consentito in relazione allo *standard* di sicurezza giuridicamente richiesto e che deve essere sopportato dai cittadini come prezzo della civilizzazione e dello sviluppo tecnologico<sup>84</sup>. Si tratta dei rischi di danni di lievi entità, dotati di una relativamente consistente probabilità di verifica e dei rischi di danni gravi ma la cui verifica è tanto improbabile da poter essere esclusa secondo il criterio della "ragione pratica", (*praktische Vernunft*)<sup>85</sup>.

Secondo l'opinione prevalente in giurisprudenza e in dottrina, la determinazione del livello di rischio giuridicamente consentito spetta essenzialmente agli organi politici<sup>86</sup>.

Il principio di difesa dai pericoli e il principio di precauzione si distinguono, infatti, non soltanto per i diversi presupposti dell'intervento statale, ma anche perché una concreta situazione di pericolo impone incondizionatamente l'intervento statale di neutralizzazione della potenziale fonte di danno, mentre l'adozione di misure precauzionali preordinate alla minimizzazione o alla eliminazione del rischio, secondo l'opinione prevalente, è essenzialmente riservata alla discrezionalità del legislatore e degli organi amministrativi, tenuti ad attuare il principio precauzionale secondo il criterio di proporzionalità, come ora espressamente precisato dal § 1, primo comma, n. 2, del progetto di codice, attraverso l'espressione "per quanto possibile".

Il principio di proporzionalità è applicato in relazione al principio di precauzione, nel suo nucleo originario, tipico della tradizione giuridica tedesca, di strumento di difesa delle libertà del cittadino da interventi statali non strettamente necessari, nonché nelle sue ulteriori componenti di criterio di valutazione dell'adeguatezza del mezzo scelto e della sua proporzione rispetto allo scopo perseguito. Tuttavia, come precisato nella motivazione del progetto di codice, la integrale precauzione dal rischio deve essere preferita rispetto alla sua minimizzazione.

La distinzione fra i paradigmi di tutela sottesi rispettivamente al principio di precauzione e a quello di difesa dai pericoli, non implica, peraltro, alcuna gerarchia fra i due principi, che sono fondamentalmente equiparati e operano in ambiti differenti<sup>87</sup>.

Resta da precisare che in un'accezione ampia, oggi recepita nella sua essenza dal codice, e autonomamente specificata nel § 1, terzo comma nn. 1-3, *UGB I*, come criterio funzionale allo sviluppo sostenibile, il principio di precauzione impone anche l'uso parsimonioso delle risorse naturali<sup>88</sup>.

In altri termini, l'azione di tutela precauzionale dell'ambiente deve seguire un criterio di risparmio delle risorse e imporre un uso che tenga conto delle esigenze delle generazioni future, (*Zukunftsvorsorge*, cioè precauzione per il futuro), nella prospettiva di garantire la rigenerazione delle risorse naturali e, secondo una particolare interpretazione, anche in considerazione delle esigenze di sfruttamento delle risorse ambientali da parte delle generazioni future (*Ressourcenvorsorge*)<sup>89</sup>.

<sup>83</sup> Così, R. BREUER, *Gefahrenabwehr und Risikoversorge im Atomrecht*, cit., p. 836.

<sup>84</sup> D. MURSWIEK, voce *Restrisiko*, in *HdUR*, II, cit., 1719 ss.

<sup>85</sup> Per una ricostruzione della categoria del rischio residuale con riferimenti alla giurisprudenza, C. CALLIES, *Rechtsstaat und Umweltstaat*, cit., p. 162 ss.

<sup>86</sup> Per una ricostruzione dell'opinione prevalente, R. STEINBERG, *Der ökologische Verfassungsstaat*, cit., p. 292 ss.

<sup>87</sup> Così *Referentenentwurf*, cit., p. 136.

<sup>88</sup> Sulla riconducibilità al principio di precauzione del profilo del principio dello sviluppo sostenibile relativo al risparmio delle risorse, R. SPARWASSER, R. ENGEL, A. VOBKUHLE, *Umweltrecht - Grundzüge des öffentlichen Umweltschutzrechts*, cit., p. 75.

<sup>89</sup> Sui diversi significati del principio di precauzione, G. LÜBBE-WOLFF, *IVU Richtlinie und Europäisches Vorsorgeprinzip*, cit., in particolare p. 779, nota 19; M. KLOEPFER, *Umweltrecht*, cit., p. 168, p. 173 ss., ma anche *Id.*, *Umweltschutzrecht*, cit., p. 25 ss.; C. CALLIES, *Rechtsstaat und Umweltstaat*, cit., p. 153 ss.; M. KOTULLA,

Nella dimensione rivolta al risparmio delle risorse, il principio di precauzione si distingue in modo ancora più netto rispetto al principio di difesa dai pericoli.

I due nuclei di significato del *Vorsorgeprinzip* ne rivelano il carattere “polifunzionale”, ed esprimono le due teorie elaborate per giustificarne l’adozione come criterio di azione politica e di politica del diritto.

Si tratta della “teoria dell’ignoranza” (*Ignoranztheorie*), che fonda il pensiero precauzionale correlato all’incertezza scientifica, e della “teoria dello spazio libero” (*Freiraumtheorie*), che orienta ad un impiego precauzionale dell’ambiente e delle sue risorse in funzione della loro conservazione<sup>90</sup>.

Secondo la prima teoria, l’incertezza o la totale mancanza di conoscenze scientifiche sui potenziali effetti dannosi dell’emissione nell’ambiente di sostanze potenzialmente inquinanti impone di ridurre tali emissioni al minimo, secondo le capacità acquisite dallo stato attuale delle conoscenze tecniche. Si tratta del precetto di minimizzazione delle emissioni.

La *Freiraumtheorie*, invece, collega in modo più immediato l’azione precauzionale con il proposito di pianificare uno sviluppo sostenibile<sup>91</sup>. Allo scopo di realizzare questo obiettivo, essa impone di preservare degli spazi liberi in modo da consentire la spontanea rigenerazione delle risorse naturali e conservare spazi destinati all’ulteriore utilizzazione, ed eventualmente allo sfruttamento, per le generazioni future. Questa esigenza di conservazione trova espressione nel divieto di peggioramento (*Verschlechterungsverbot*). Tale precetto, talvolta denominato come *Bestandsschutzprinzip*, (letteralmente principio di tutela dello *status quo*), non può ovviamente essere inteso in senso assoluto, ma piuttosto come presupposto di un positivo sviluppo<sup>92</sup>. Esso si specifica infatti in relazione allo scopo di non aggravare l’inquinamento complessivo nell’ambito della pianificazione di uno sviluppo sostenibile che, in quanto tale, presuppone soltanto la limitazione e il controllo delle emissioni inquinanti, ma non di regola un assoluto divieto<sup>93</sup>.

L’individuazione dei limiti di ammissibilità dell’adozione di misure precauzionali a vantaggio delle generazioni future è assai problematica. Si ritiene che l’applicazione del principio di proporzionalità debba essere più rigorosa qualora i provvedimenti siano preordinati non a garantire i fondamenti naturali della vita<sup>94</sup>, ma ad assicurare le eventuali future esigenze di utilizzazione delle risorse ambientali.

Quanto al rapporto fra la “teoria dello spazio libero” e la “teoria dell’ignoranza”, esse conducono nelle finalità immediate a risultati comuni sul piano dell’applicazione pratica, nel senso che la minimizzazione delle emissioni inquinanti comporta l’effetto di conservare maggiori spazi incontaminati e viceversa il risparmio di risorse e il divieto di peggioramento presuppongono la minimizzazione delle emissioni inquinanti.

## 6.2. Il “principio di causalità” (*Verursacherprinzip*, ovvero “chi inquina paga”).

Fra i principi generali del diritto ambientale il progetto di codice al § 1, comma secondo, n. 3, *UGB I*, menziona il *Verursacherprinzip*, “principio di causalità”: “chiunque causa pericoli o rischi per l’uomo o per l’ambiente ne è responsabile (principio di causalità)”.

---

*Umweltrecht*, Boorberg, IV ed. rivista, 2007, p. 3, sulla notevole rigidità del principio di precauzione delle risorse, E. REHBINDER, *Ziele, Grundsätze, Strategien und Instrumente des Umweltschutzes*, in *Grundzüge des Umweltrechts*, cit., p. 149 ss.

<sup>90</sup> F. H. V. LERSNER voce *Vorsorge* in *HdUR*, cit., p. 2703 ss.

<sup>91</sup> Sul principio dello sviluppo sostenibile nella dottrina tedesca, E. REHBINDER, *Nachhaltigkeit als Prinzip des Umweltrechts: konzeptionelle Fragen*, in *Umweltrecht im Wandel*, cit., p. 721 ss.

<sup>92</sup> Sul *Bestandsschutzprinzip* e sul divieto di peggioramento, D. LORENZ, *Die öffentliche Sache als Instrument des Umweltschutzes*, in *NVwZ*, 1989, p. 812 ss., p. 817 ss.

<sup>93</sup> Sulla nozione e sui limiti del divieto di peggioramento, C. CALLIESS, *Rechtsstaat und Umweltrecht*, cit., p. 185 ss.

<sup>94</sup> Secondo il compito assegnato allo Stato dall’art. 20 a GG.

Si tratta di una diversa formulazione del “principio chi inquina paga”, espressione, quest’ultima, dapprima recepita nel dibattito tedesco sulla scia del diritto americano, ma successivamente rifiutata per il sotteso equivoco di una mercificazione della tutela ambientale.

Il fondamento del “principio di causalità” è individuato oltre che nella teoria dell’economista inglese Pigou sull’internalizzazione dei costi sociali, in un’esigenza comune ad altri settori dell’ordinamento giuridico, secondo la quale chi causa un evento dannoso ne assume la responsabilità e sopporta i costi della riparazione, in linea con la logica del diritto di polizia e della disciplina sul risarcimento del danno<sup>95</sup>, ma con gli opportuni adattamenti alle esigenze preventive e precauzionali proprie del diritto ambientale, che giustificano la elaborazione di un autonomo principio.

Per cogliere la portata del principio di causalità nel progetto di codice è opportuno precisare che nell’esperienza tedesca è tendenzialmente esclusa la possibilità di fondare su di esso effetti giuridici indipendentemente da una sua precisa concretizzazione attraverso scelte del legislatore, tanto da essere perfino considerato una “formula vuota”<sup>96</sup>.

Il “principio di causalità” non offre un vero e proprio criterio di diretta imputazione dei costi ambientali, ma predica soltanto una generica esigenza di responsabilità finanziaria per l’inquinamento dell’ambiente<sup>97</sup>, alla quale è correlata anche una eventuale funzione di deterrente e, quindi, di stimolo alla prevenzione degli inquinamenti<sup>98</sup>, peraltro incerta nella sua efficacia, dato che l’elevato costo delle tecnologie “pulite” può rendere per il responsabile economicamente più conveniente l’inquinamento.

L’idea della automaticità di applicazione del principio di causalità indotta dal riferimento alla correlazione causale fra un fatto e un evento, è fuorviante. Visti i fenomeni di interferenza e cumulo delle fonti inquinanti, il “causatore” può essere identificato soltanto dal legislatore attraverso decisioni valutative che concretizzano il principio<sup>99</sup>. Rispetto ad uno stesso fenomeno, del resto, un medesimo soggetto, a seconda dei punti di vista, può essere qualificato come vittima del danno, ma anche come responsabile dell’inquinamento. Il legislatore, quindi, può identificare il “causatore” nel produttore, ovvero nel consumatore, tenuto conto anche della capacità economica del soggetto chiamato a sostenere i costi di una effettiva tutela dell’ambiente.

Il “principio di causalità” non sostituisce le regole vigenti relative ai criteri di imputazione della responsabilità e ai principi che regolano il prelievo tributario<sup>100</sup>.

Così, ad esempio, un prelievo fiscale in materia ambientale può essere ammissibile indipendentemente dall’accertamento di un preciso nesso di causalità, presupposto invece del “principio chi inquina paga”.

Secondo l’interpretazione preferibile, il “principio di causalità” non può esigere neppure che il costo debba sempre essere coperto integralmente dall’inquinatore, dovendo il medesimo principio essere coordinato con altri criteri, che realizzano altri valori dell’ordinamento. Il “principio di causalità”, infatti, è soltanto uno degli strumenti che orientano le opzioni di politica ambientale operate attraverso gli strumenti economici, ed è affiancato da altri principi che, peraltro,

<sup>95</sup> Fondamentale e ancora attuale sul tema è il contributo di E. REHBINDER, *Politische und rechtliche Probleme des Verursacherprinzips*, Berlin, Schmidt, 1973. Per una ricostruzione che tiene conto dei più recenti sviluppi, W. FRENZ, *Das Verursacherprinzip im Öffentlichen Recht*, Berlin, Duncker & Humblot, 1997, M. KLOEPFER, *Umweltrecht*, cit., p. 191 ss.

<sup>96</sup> Così, H.W. ADAMS, *Das Verursacherprinzip als Leerformel*, in *JZ*, 1989, p. 787 ss.

<sup>97</sup> Cfr. E. REHBINDER, *Politische und rechtliche Probleme des Verursacherprinzips*, p. 28.

<sup>98</sup> Cfr. M. KLOEPFER, *Umweltrecht*, cit., p. 189 ss.

<sup>99</sup> Sul concetto di *Verursacher*, inquinatore, già E. REHBINDER, *Politische und rechtliche Probleme des Verursacherprinzips*, cit., p. 29 ss., più di recente, W. FRENZ, *Das Verursacherprinzip im Öffentlichen Recht*, cit., M. KLOEPFER, *Umweltrecht*, cit., p. 24 e p. 189 ss., dove si esemplifica con riferimento alla duplice veste dell’automobilista e abitante di un centro urbano come inquinatore e danneggiato dall’inquinamento.

<sup>100</sup> Cfr. M. KLOEPFER, *Umweltrecht*, cit., p. 194.

non richiedono un'autonoma formulazione nel codice, dato che non presentano specificità nel diritto ambientale.

Si tratta di tre principi: il *Gemeinlastprinzip*, (letteralmente “principio del carico sulla comunità”); del *Geschädigtenprinzip* o *Individuallastprinzip*, (“principio del peso individuale”, *casum sentit dominus*), e del *Gruppenlastprinzip*, (“principio del carico sui gruppi”)<sup>101</sup>.

Al “principio del carico sulla comunità” sono ricondotti gli strumenti di intervento statale che gravano sul bilancio dello Stato, (ad esempio le sovvenzioni dirette e indirette, i prestiti, gli aiuti finanziari), i cui oneri sono ripartiti attraverso il sistema fiscale.

Il “principio del carico sulla comunità” è stato di frequente contrapposto al “principio chi inquina paga”, secondo uno schema di regola-eccezione fra quest'ultimo principio e il primo. Il “principio del carico sulla comunità” secondo questa impostazione deve cioè trovare applicazione come *ultima ratio*, così ad esempio quando non è identificabile l'inquinatore<sup>102</sup>, ed esige una specifica giustificazione.

L'impostazione che sollecita un'applicazione eccessivamente restrittiva del “principio del carico sulla comunità” non convince autorevole dottrina, che sottolinea invece l'autonomia del *Gemeinlastprinzip* per più ragioni<sup>103</sup>.

Innanzitutto, la configurazione di quest'ultimo principio come ipotesi eccezionale nel diritto ambientale, svaluta la responsabilità statale per il compito di tutela dell'ambiente, fondata sull'art. 20 a GG, dalla quale scaturisce l'imputazione dei relativi costi sul bilancio dello Stato, secondo i criteri di ripartizione del sistema fiscale.

In secondo luogo, essa non tiene conto né della circostanza che, particolarmente nella prospettiva della tutela precauzionale, ci sono costi ambientali che non sono imputabili ad un singolo causatore, né della circostanza che i risultati della tutela ambientale sono a vantaggio della collettività, e, dunque, anch'essa deve assumersene il costo, in una prospettiva di responsabilità collettiva per la tutela dell'ambiente, che è un bene comune<sup>104</sup>.

Inoltre, tale impostazione trascura che talvolta l'imputazione dei costi per la tutela ambientale deve essere graduata nel tempo e, per ragioni economiche e sociali, essa non può essere immediatamente imputata al causatore. E' necessario, allora, un intervento dello Stato, cui è riservata la scelta politica relativa al contemperamento della tutela ambientale con gli altri obiettivi e principi costituzionali.

Infine, la prospettiva della contrapposizione fra “principio di causalità” e “principio del carico sulla collettività” non tiene conto della circostanza che l'omessa applicazione del primo non conduce necessariamente alla sopportazione dei costi ambientali da parte della collettività. Talvolta infatti essi sono sopportati dal danneggiato, secondo il “principio del carico individuale”, (*casum sentit dominus*).

Il “principio del peso individuale” vale quando non possono trovare applicazione il “principio di causalità” e il “principio del carico sulla comunità”.

Nella tassazione ambientale ha assunto un rilievo importante, come anticipato, anche il “principio del carico sui gruppi”, una sorta di “principio di causalità collettivo”, *kollektive Verursacherprinzip*<sup>105</sup>.

Si tratta del criterio di allocazione dei costi impiegato nel settore dei contributi straordinari ambientali, secondo il quale, a determinate condizioni, è possibile addossare gli oneri ad un gruppo,

<sup>101</sup> Sul punto, M. KLOEPFER, *Umweltrecht*, cit.

<sup>102</sup> Cfr., R. SPARWASSER, R. ENGEL, A. VOBKUHLE, *Umweltrecht - Grundzüge des öffentlichen Umweltschutzrechts*, cit., sul punto anche M. KOTULLA, *Umweltrecht*, cit., p. 3.

<sup>103</sup> L'opinione è di M. KLOEPFER, *Umweltrecht*, cit.

<sup>104</sup> Cfr. M. KLOEPFER, *Umweltschutzrecht*, cit., p. 71.

<sup>105</sup> Così, R. SPARWASSER, R. ENGEL, A. VOBKUHLE, *Umweltrecht - Grundzüge des öffentlichen Umweltschutzrechts*, cit., p. 78.

ad esempio di un settore produttivo, come potenziale inquinatore, ma indipendentemente dal concreto apporto di attività inquinante<sup>106</sup>.

Dal quadro delineato, si percepisce che la collocazione del “principio di causalità” nel sistema di tutela dell’ambiente tedesco non corrisponde pienamente al ruolo che ad esso, talvolta, è stato riconosciuto nel nostro ordinamento<sup>107</sup>.

L’impostazione tedesca è particolarmente apprezzabile per l’attenzione a non confondere la finalità che trova espressione nel principio “chi inquina paga” con le regole giuridiche adeguate a realizzarla. Essa consente, inoltre, una opportuna armonizzazione di questa finalità con gli altri principi generali dell’ordinamento che regolano il contemperamento degli interessi coinvolti a vario titolo nella tutela dell’ambiente.

### 6.3. Il principio di cooperazione, (*Kooperationsprinzip*).

Chiude il catalogo dei principi generali del diritto ambientale il n. 4 del § 1, secondo comma, che enuncia il principio di cooperazione: “Per la tutela dell’ambiente, lo Stato e la società cooperano”.

Il principio di cooperazione sancisce la corresponsabilità dello Stato e della società nella protezione dell’ambiente, e sottende l’idea che non sia né possibile né opportuno che per conseguire quest’obiettivo lo Stato proceda soltanto unilateralmente, eventualmente contrapponendosi alle forze economiche e alle istanze sociali<sup>108</sup>. In certi casi, infatti, lo Stato necessita della

<sup>106</sup> M. KLOEPFER, *Umweltrecht*, cit., p. 197.

<sup>107</sup> In dottrina si afferma che il principio “chi inquina paga” “si colloca come vero e proprio fondamento, nonché come parametro di conformità, di tutta l’ampia varietà di strumenti che servono a soddisfare le esigenze di internalizzazione dei costi ambientali”, fra i quali si menzionano anche i sussidi diretti o indiretti. Nella medesima prospettiva, si afferma che tale principio “assume una specifica rilevanza giuridica nella sua funzione di orientare, in generale, l’imputazione di tutti i costi ambientali e che l’internalizzazione dei costi ambientali possa costituire un metodo molto efficace affinché siano prodotti minori costi ambientali”, M. CECCHETTI, *La disciplina giuridica della tutela ambientale come “diritto dell’ambiente”*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), dicembre 2006, p. 77. Per un’approfondita analisi di questo principio, nella letteratura italiana, M. MELI, *Il principio comunitario “chi inquina paga”*, Milano, Giuffrè, 1996. In giurisprudenza, si registrano contrastanti indirizzi giurisprudenziali sull’applicazione del principio in questione, ancor prima della sua formulazione nel d.lgs. 152/2006, come modificato dal d.lgs. 4/2008. Così, ad esempio, il principio “chi inquina paga” è stato talvolta ritenuto direttamente applicabile, cfr. T.a.r. Sicilia, sez. Catania, sent. 20 luglio 2007, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); in senso contrario tuttavia CdS, sez. VI, dec. 12 dicembre 2004, n. 709, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it). In applicazione del medesimo principio è stata ritenuta “illegittimo porre a carico dell’erario le spese per lo smaltimento dei rifiuti abbandonati e i costi di ripristino dello stato dei luoghi”, così G.i.p. T. Bologna, 1 aprile 2003, in *Riv. giur. amb.* 2003, p. 823 con nota di FANTICINI. Ancora, è significativa la contrapposizione fra gli indirizzi giurisprudenziali relativi alla responsabilità per bonifica dei siti inquinati ai sensi dell’art. 242 d.lgs. 152/2006, fondati su contrapposte letture del “principio chi inquina paga”. Sul tema si veda il contributo di F. GIAMPIETRO, A. QUARANTA, *Gli orientamenti del giudice amministrativo sulla bonifica nel passaggio tra il vecchio ed il nuovo regime*, in [www.giuristiambientali.it](http://www.giuristiambientali.it). In particolare, secondo un primo orientamento, la ratio del principio consisterebbe nell’imputazione del danno “a chi si trovi nelle condizioni di controllare i rischi, cioè imputa il costo del danno al soggetto che ha la possibilità della *cost-benefit-analysis*, per cui lo stesso deve sopportarne la responsabilità per essersi trovato, prima del suo verificarsi, nella situazione più adeguata ad evitarlo in modo più conveniente”, (così, T.A.R. Liguria, Sez. I, Sent. N. 621 del 12 aprile 2007). Sulla base di questa lettura improntata esclusivamente al criterio economico dell’internalizzazione dei costi, si perviene alla conclusione che l’art. 242 stabilisca “una responsabilità di natura oggettiva conseguente all’assunzione di un rischio d’impresa connesso all’esercizio di un’attività potenzialmente dannosa per l’ambiente”. Secondo una diversa interpretazione, (T.A.R. Sicilia-Catania, Sez. I, Sent. n. 1254 del 20 luglio 2007), la responsabilità per l’inquinamento nel vigore del d.lgs. 152/2006 è regolata dal “principio della responsabilità soggettiva “colpevole””, in applicazione della regola di matrice comunitaria “principio chi inquina paga” e “con esclusione quindi di qualsiasi tipo di responsabilità oggettiva”. Da ultimo, si ricorda la questione interpretativa di recente rimessa alla Corte di Giustizia comunitaria dal T.a.r. Campania NAPOLI - SEZIONE I - Ordinanza 26 maggio 2008 n. 487, relativa al controverso rapporto fra il principio in questione e gli altri criteri di imputazione dei costi per l’adempimento dei compiti pubblici, in questa *Rivista*, con note di F. ANGELINI, *Chi più inquina più paga?*, e A. BARLETTA, *Sul rinvio pregiudiziale del TAR Campania in materia di rifiuti* cit.

<sup>108</sup> P.C. STORM, *Umweltrecht in Deutschland Entwicklungsstand und Entwicklungstendenzen*, cit., H.J. MÜGGENBORG, *Formen des Kooperationsprinzips im Umweltrecht der Bundesrepublik Deutschland*, in *NVwZ*, 1990, p.

collaborazione dei privati detentori di un sapere specialistico che l'amministrazione non possiede; in altri casi, la cooperazione dei privati è indispensabile per conseguire gli obiettivi di tutela ambientale rispetto a inquinamenti che derivano dalla somma di una miriade di comportamenti individuali.

Nell'esperienza tedesca già nel Rapporto governativo del 1976 compare la scansione del principio di cooperazione in due diverse dimensioni<sup>109</sup>: la ripartizione dei compiti di tutela ambientale fra la società e lo Stato, e la conformazione cooperativa delle attività statali volte alla protezione dell'ambiente.

Nell'esperienza concreta, quest'ultima dimensione del principio di cooperazione ha assunto una notevole rilevanza nell'ambito del procedimento amministrativo e nell'attività diretta alla produzione di norme<sup>110</sup>, sia attraverso la partecipazione nella fase preparatoria del procedimento di produzione del diritto, sia, come sancito dal Tribunale costituzionale federale, nella integrazione del contenuto delle norme, (*normausfüllende Kooperation*)<sup>111</sup>.

Nel libro primo del codice, fra le più significative espressioni del principio di cooperazione, si ricordano la disciplina dell'incarico ambientale nelle imprese, contenuta nella sezione III, e la disciplina della partecipazione delle cerchie degli interessati al procedimento di produzione delle norme, contenuta nella sezione VI.

Si tratta di una disciplina che tiene conto di alcune fondamentali esigenze evidenziate nel dibattito dottrinale e sancite dalla giurisprudenza costituzionale.

In particolare, come vedremo nell'analisi delle sezioni sopra indicate, il ricorso a istituti cooperativi non deve mettere in secondo piano la autorità e la responsabilità dello Stato nell'assolvimento del compito di tutela dell'ambiente.

Lo Stato, investito dalla Costituzione del compito di tutela dei fondamenti naturali della vita, rimane perciò garante anche rispetto all'assolvimento delle funzioni di tutela dell'ambiente affidate ai privati, con conseguente necessità di adeguati controlli sul loro svolgimento.

Inoltre, il ricorso all'apporto collaborativo deve essere visibile e rimanere distinto dalla decisione imputabile alla responsabilità statale.

910 ss.; U. DI FABIO, *Das Kooperationsprinzip – ein allgemeiner Rechtsgrundsatz des Umweltrechts*, in *Das Kooperationsprinzip im Umweltrecht*, a cura di M. HUBER, Berlin, Berlin Verlag, 1999, p. 129 ss.; M. KLOEPFER, *Umweltrecht*, cit. p. 198 ss.

<sup>109</sup> Sul punto M. KLOEPFER, *Umweltrecht*, cit., p. 199 per la riproduzione del passo del Rapporto governativo.

<sup>110</sup> Per questo aspetto, R. BREUER, *Direkte und indirekte Rezeption technischer Regeln durch die Rechtsordnung*, in *AöR* 101 (1976), p. 46 ss.

<sup>111</sup> Fra le decisioni del Tribunale costituzionale federale tedesco sul principio di cooperazione sono da ricordare, *BVerfGE* 98, 83 e 98, 106; su tali decisioni, M. KLOEPFER, *Umweltrecht*, cit., p. 201 e U. DI FABIO, *Das Kooperationsprinzip – ein allgemeiner Rechtsgrundsatz des Umweltrechts*, cit. In particolare, il Tribunale costituzionale ha dichiarato l'incostituzionalità per incompetenza, dell'introduzione della *Verpackungssteuer* e della disciplina di alcuni *Länder* che imponevano (unilateralmente) un prelievo fiscale in materia rifiuti perché in contrasto con il principio di cooperazione stabilito nelle leggi federali sulla tutela dalle immissioni e sui rifiuti, (*KrW-AbfG e BimSchG*). Senza scendere nel dettaglio dei profili di competenza, ci si può limitare a ricordare alcuni principi affermati dalla Corte, che costituiscono punti di riferimento nell'interpretazione del principio di cooperazione. In particolare, secondo il giudice costituzionale da quella specifica conformazione legislativa del principio di cooperazione stabilita dal legislatore scaturisce l'obbligo (e la correlativa pretesa) di conformare con l'apporto collaborativo le relative norme, fintantoché non è accertato dai soggetti competenti il fallimento di tale possibilità, divenendo in tal caso, cioè in via sussidiaria, ammissibile la conformazione unilaterale. Il Tribunale costituzionale nell'interpretazione relativa al principio di cooperazione previsto dalla legge sulle immissioni ha evidenziato alcuni aspetti della concretizzazione del principio di cooperazione che conviene ricordare per la loro portata generale. Innanzitutto, quando lo Stato pretende dai cittadini un rapporto di cooperazione, le sue pretese incontrano dei limiti nel principio di proporzionalità, non potendosi pretendere dai titolari dei diritti fondamentali ciò che tecnicamente o economicamente è inesigibile. In secondo luogo, la cooperazione implica responsabilità, e sottende con ciò libertà di scelta sui mezzi finalizzati al conseguimento dell'obiettivo.

Infine, la conformazione degli istituti cooperativi deve prestare particolare attenzione al rispetto delle libertà fondamentali e al principio della libera concorrenza, senza trasformarsi in occasione di indebite pressioni di gruppi interessati.

### **7. La tutela ambientale integrata, lo “sviluppo sostenibile”, e la loro influenza sulla configurazione giuridica dei rapporti fra Stato e imprese. Il “management sostenibile”.**

Il § 1, secondo comma, ultimo periodo, stabilisce che i provvedimenti per la tutela dell'uomo e dell'ambiente, orientati secondo i principi generali formulati nella medesima disposizione, devono garantire un alto livello di protezione. Quest'ultimo deve essere valutato secondo il criterio della tutela ambientale integrata, quindi, tenuto conto non soltanto dello stato dei singoli beni ambientali, ma anche dei possibili spostamenti di effetti ambientali dannosi, sia fra i diversi beni ambientali, che fra questi ultimi e l'uomo.

Attraverso l'esame degli strumenti funzionali alla protezione integrata dell'ambiente, e, soprattutto, della disciplina della *Integrierte Vorhabengenehmigung*, “autorizzazione integrata di progetto”, si cercherà di dare un'idea di come questo modello di tutela sia stato tradotto in uno specifico sistema regolativo nel codice.

Nell'esame delle disposizioni generali del libro primo, è sufficiente ricordare che la tutela integrata rappresenta l'idea centrale nella costruzione del codice ambientale tedesco, per due ragioni.

In primo luogo, insieme ai principi generali per la tutela ambientale, e come loro svolgimento, essa fonda il collegamento delle diverse discipline particolari per i singoli beni ambientali, e giustifica la disciplina comune di una serie di istituti trasversali preordinati ad una tutela elevata perché il più possibile completa e tempestiva.

In secondo luogo, la tutela integrata sollecita quelle profonde innovazioni nella complessiva configurazione della disciplina giuridica dei rapporti fra Stato e impresa, che rappresentano la fondamentale sfida della codificazione del diritto ambientale. La tradizionale prospettiva di tutela settoriale, caratteristica del sistema tedesco, (come del nostro e di altri paesi europei), infatti, trovava un suo preciso fondamento sistematico nel diritto costituzionale e nella dogmatica del diritto amministrativo, orientata al rispetto della libertà di impresa attraverso la garanzia del carattere puntuale degli interventi di limitazione e controllo, sorretti da specifiche giustificazioni<sup>112</sup>. Per la molteplicità e la globalità delle valutazioni cui la tutela integrata aspira, la loro realizzazione soltanto attraverso gli strumenti tradizionali, soffocherebbe, invece, la libertà di impresa<sup>113</sup>. Si profila perciò l'esigenza di sviluppare accanto ai classici strumenti del diritto autoritativo, altri strumenti regolativi, per creare un nuovo assetto capace di conciliare le esigenze della tutela integrata, fondate sul compito costituzionale di protezione dei fondamenti naturali della vita, (20a GG), con la tutela costituzionale delle libertà economiche.

E' in questo contesto che il § 1, terzo comma, enuncia il principio dello sviluppo sostenibile, letteralmente nell'espressione tedesca *nachhaltig Entwicklung*, “sviluppo duraturo”, come obiettivo del codice ambientale, che si affianca, pur senza la qualifica di principio generale, agli altri principi del diritto ambientale, (il principio di difesa dai pericoli, di precauzione, di “causalità”, e di cooperazione), e al principio del “management sostenibile”, *nachhaltig Unternehmensführung*, anch'esso privo della qualità di principio generale, (denominato nella versione del progetto del 27 novembre 2007, *umweltgerecht Unternehmensführung*, cioè *management* equo per l'ambiente<sup>114</sup>).

In particolare secondo il terzo comma del § 1:

<sup>112</sup> Sul punto, U. DI FABIO, *Integratives Umweltrecht Bestand, Ziele, Möglichkeiten*, cit., in particolare p. 331 ss., anche per un raffronto fra ipotetici modelli di attuazione del principio di integrazione e inclinazioni “mercantilistiche” degli obiettivi di tutela globale.

<sup>113</sup> Ancora U. DI FABIO, *Integratives Umweltrecht Bestand, Ziele, Möglichkeiten*, cit.

<sup>114</sup> Cfr. la versione del *Referentenentwurf* del 19 novembre 2007, reperibile sul sito del Ministero federale dell'ambiente, al § 2, secondo comma.

“Per promuovere lo sviluppo sostenibile:

1. i beni ambientali che non si rigenerano sono risparmiati o impiegati con parsimonia
2. i beni ambientali rinnovabili sono utilizzati in modo che essi restino disponibili durevolmente

3. sia garantita la funzionalità e la capacità di prestazione dei fondamenti naturali della vita.

A questo obiettivo contribuiscono le imprese private e pubbliche, gli uffici e le altre istituzioni, anche attraverso provvedimenti di *management* dell'impresa orientati allo sviluppo sostenibile”.

Il principio dello sviluppo sostenibile è di per sé estremamente generico.

Della formulazione proposta nel codice tedesco, orientata alla tutela dell'ambiente come valore di per sé meritevole di protezione, ma anche come risorsa per l'uomo, si apprezza la puntuale scansione di specifici canoni di concretizzazione del principio medesimo, che ne guidano l'applicazione e differenziano i vincoli da esso discendenti in funzione del carattere rinnovabile, o meno, delle risorse ambientali.

Rispetto alle risorse non rinnovabili il codice sancisce la necessità di un loro rigoroso rispetto, che può esigere la rinuncia al loro impiego, ovvero consentirne un impiego parsimonioso. Questo precetto trova le sue radici in quell'accezione del principio di precauzione che dà luogo, secondo un'accreditata opinione, ad un autonomo principio, *Bestandsschutzprinzip*, cioè principio di tutela dello *status quo*, da cui scaturisce un generale divieto di peggioramento<sup>115</sup>.

Rispetto alle risorse rinnovabili, il § 1, terzo comma, n. 2, interpreta la responsabilità assunta dalle generazioni attuali nei confronti di quelle future, sulla base dell'espressa previsione dell'art. 20a *Grundgesetz*, nel senso che l'impiego delle risorse rinnovabili è consentito nei limiti in cui esse sono capaci di rinnovarsi.

Il n. 3 della medesima disposizione, attraverso il riferimento alla garanzia dei fondamenti naturali della vita nella loro capacità di prestazione e funzionalità, profila da una parte, l'esigenza di ripristinare, se occorra, tali condizioni; dall'altra, la necessità di conservare delle “riserve di inquinamento ambientale” per le attività delle generazioni future, (*Belastungsreserven für künftige Nutzungen*)<sup>116</sup>, con evidente riferimento al nucleo del principio precauzionale sopra ricordato, il c.d. *Ressourcenvorsorge*.

Infine, come sopra anticipato, il § 1, terzo comma, ultimo periodo, enuncia il nuovo principio del *management* sostenibile.

La sua espressa formulazione intende riconoscere e valorizzare le profonde innovazioni sollecitate dal nuovo modello di tutela nella configurazione dei rapporti fra Stato e impresa. Tenuto conto del nuovo quadro, e dei molteplici vincoli e controlli che esso impone all'iniziativa economica a vantaggio delle molteplici esigenze di tutela ambientale, in linea con un'evoluzione gradualmente affermata nell'ordinamento tedesco, per conciliare le esigenze della tutela integrata fondate sul compito costituzionale di protezione dei fondamenti naturali della vita, con la tutela costituzionale delle libertà economiche, il codice riconosce in via di principio la necessità e l'opportunità, accanto agli istituti tradizionali del diritto regolativo, (*Ordnungsrecht*), di strumenti volontari di tutela ambientale, nel quadro della disciplina giuridica stabilita dallo Stato e dei suoi insostituibili controlli<sup>117</sup>.

La autonoma formulazione del principio del “*management* sostenibile” con l'esplicito richiamo alla collaborazione degli attori economici pubblici e privati preconstituisce, dunque, il generale fondamento della disciplina contenuta nella sezione terza del capitolo primo, del *UGB I*, dedicata alla tutela dell'ambiente nelle aziende, e alle agevolazioni per le imprese certificate.

<sup>115</sup> Sul *Bestandsschutzprinzip*, D. LORENZ, *Die öffentliche Sache als Instrument des Umweltschutzes*, in *NVwZ*, 1989, p. 812 ss.

<sup>116</sup> Così nella motivazione al progetto di codice, p. 137.

<sup>117</sup> Sul punto M. KLOEPFER, *Sinn und Gestalt des kommenden Umweltgesetzbuchs*, cit., p. 166.

### 8. La tutela del clima e il precetto dell'approvvigionamento energetico sostenibile.

Un altro compito fondamentale del diritto ambientale è oggi la protezione del clima. Il § 1, quarto comma, prevede che “Per contribuire a evitare una pericolosa interferenza antropica sul sistema climatico deve essere ridotta l'emissione di gas serra, specialmente attraverso misure economicamente convenienti, e, al tempo stesso, deve essere reso possibile un approvvigionamento energetico sostenibile attraverso un efficiente impiego di energia e attraverso l'uso delle energie rinnovabili”<sup>118</sup>.

Tradizionalmente incorporata dall'ordinamento tedesco nell'ambito della protezione dalle immissioni, la tutela del clima riceve, così, nel progetto di codice un'autonoma considerazione come specifico settore del diritto ambientale<sup>119</sup>, caratterizzato da una più ampia possibilità di impiego degli strumenti indiretti di tutela ambientale, (di qui il riferimento alle misure economicamente efficienti), rispetto ad altri ambiti normativi, dove prevale, invece, la necessità di una diretta conformazione legislativa e amministrativa dei comportamenti rilevanti per l'ambiente, secondo il modello del diritto regolativo, (*Ordnungsrecht*).

Le interferenze umane rispetto al sistema climatico, infatti, si caratterizzano per una estrema diffusività delle fonti di inquinamento, che assumono rilevanza come tali nella loro convergenza spaziale e temporale, e non, invece, di per sé considerate. Di qui la necessità di molteplici strategie dirette a sollecitare comportamenti desiderati ma non imposti, ovvero a sfavorire comportamenti indesiderati ma non vietati, e, in particolare un decisivo impiego degli strumenti economici, in linea con l'evoluzione del diritto comunitario.

E' opportuno evidenziare che il § 1, quarto comma, *UGB I*, sancisce come specifici precetti giuridici il canone di minimizzazione delle emissioni di gas serra mediante misure economicamente efficienti, e il principio dell'approvvigionamento energetico sostenibile per l'ambiente attraverso un impiego efficiente delle energie e l'uso di energie rinnovabili. Tale disposizione, infatti, è formulata come *Soll-Vorschrift*. Nel diritto tedesco le *Soll-Vorschriften* sono prescrizioni che pongono un obbligo espresso dal verbo *sollen* (come nel caso della disposizione in commento), o attraverso espressioni equivalenti, ad esempio, “*in der Regel*”, (di regola). Con esse si intende indicare che non residua un ambito di scelta discrezionale nell'applicazione della disposizione, salvo però che ricorrano circostanze atipiche che, invece, consentono una deviazione dalla regola e riaccendono allora la discrezionalità.

Le *Soll-Vorschriften* esprimono, dunque, una discrezionalità “debole”<sup>120</sup>, nel senso che essa sussiste solo in certe particolari circostanze, perciò si collocano idealmente fra le *Kann-Vorschriften*, espressione del potere discrezionale, e le *Muß-Vorschriften*, espressione del potere amministrativo vincolato.

Ciò premesso, i precetti stabiliti dal § 1, quarto comma, sono l'espressione di importanti interessi che devono essere presi in considerazione nell'interpretazione della disciplina del codice, e nell'esercizio della discrezionalità amministrativa, nelle procedure di pianificazione e nelle decisioni amministrative<sup>121</sup>.

Le regole che attuano questi specifici canoni dello sviluppo sostenibile si trovano soprattutto nel libro V, dedicato al commercio di emissioni, (e si trovavano nella versione del progetto di codice del novembre 2007 nel libro VI, dedicato alla disciplina delle energie rinnovabili; che, però, come anticipato è stato scorporato dal disegno di legge relativo ai primi cinque libri del codice, e

<sup>118</sup> Nella motivazione che accompagna il progetto si precisa che il termine pericoloso, *gefährlich*, è impiegato dal § 1, quarto comma, in senso diverso da quello normalmente comune nel diritto ambientale e nel diritto di polizia, secondo il quale con il termine *Gefahr* si esprime una situazione di effettivo pericolo, intendendosi esprimere, qui, invece, il concetto di pericolo solo potenziale, cfr. p. 138.

<sup>119</sup> Sulla ricostruzione del diritto per la protezione del clima come specifico settore del diritto ambientale, F. GÄRDITZ, *Schwerpunktbereich – Einführung in das Klimaschutzrecht*, in *JuS*, 2008, p. 324 ss.

<sup>120</sup> Per il concetto di discrezionalità debole, nonché per le nozioni istituzionali sul tema, S. DETTERBECK, *Allgemeines Verwaltungsrecht - mit Verwaltungsprozessrecht*, München, Beck, 2007, V ed., p. 109-111.

<sup>121</sup> Così espressamente la motivazione del *Referentenentwurf*, cit., p. 139.

destinato ad un separato procedimento legislativo, in esito al quale potrà essere unito agli altri libri del medesimo codice).

## **9. Il ruolo delle definizioni legislative nella codificazione del sistema di tutela ambientale integrata.**

Il § 4 contiene le definizioni legali valide per tutti i libri del codice, che assolvono, pertanto, una funzione fondamentale per la riunificazione del diritto ambientale attraverso una profonda armonizzazione concettuale, nonché per il conseguimento dell'obiettivo di semplificazione normativa.

Nella concretizzazione dei concetti giuridici indeterminati, ciascuna definizione risponde compiutamente alla concezione della tutela integrata, e orienta, quindi, nella medesima direzione l'interpretazione della disciplina codicistica.

Nei prossimi paragrafi si esaminano alcuni dei concetti chiave nel progetto di codice: la definizione giuridica del concetto di "ambiente"; la nozione di "modifica ambientale", la definizione del concetto di "modifica ambientale dannosa", il concetto di "stato della tecnica".

### **9.1. La definizione del concetto giuridico di "ambiente".**

Secondo il § 4 n. 1 si intende per "ambiente" ai sensi del codice "gli animali, le piante, la biodiversità, il suolo, l'acqua, l'aria, il clima, e il paesaggio, così come i beni culturali e gli altri beni ambientali, inclusi gli effetti reciproci fra questi beni ambientali".

Si tratta di una nozione ampia, ma tassativa<sup>122</sup>, riferita oltre che all'ambiente naturale, a quello artificiale, che, specialmente attraverso il riferimento all'interazione fra i beni ambientali, (già presente nella legislazione tedesca degli anni Ottanta)<sup>123</sup>, esprime al massimo livello di astrazione i termini di riferimento del progetto normativo di tutela ambientale integrata, realizzato nelle successive disposizioni.

Questa definizione, correlata allo scopo del codice assolve con chiarezza alla funzione di profilare fra i diversi compiti pubblici quelli diretti alla tutela ambientale, che, pertanto, sono sottoposti al peculiare regime giuridico stabilito dal codice.

Essa risponde alla tradizione del diritto tedesco. Superato ben presto il dubbio e dominate le difficoltà attente allo scopo pratico perseguito con la definizione del concetto di ambiente, e a non confondere questa prospettiva con più ampi obiettivi di indagine e conoscenza, questioni queste ultime che nel dibattito italiano sono all'origine della diffusa convinzione, invece, della difficoltà o impossibilità di individuarne una utile definizione giuridica, sebbene poi sia nettamente percepibile un accordo<sup>124</sup>.

La definizione di ambiente trova ulteriori specificazioni nei successivi libri del codice, che concretizzano ulteriormente il concetto, secondo la classica tecnica "a cascata" utilizzata dal codice, come già si è visto nell'esame della disciplina dello scopo nel libro primo e nei libri successivi.

Un elenco estremamente dettagliato è contenuto, ad esempio nel § 7, *UGB III*, che definisce, fra l'altro, il concetto di biodiversità, di equilibrio naturale, il concetto di valore ricreativo della natura, quello di animali, di piante, quello di biodiversità, i concetti correlati alle specie naturali e alle loro diverse forme di protezione.

### **9.2. Il concetto di "modifica ambientale" e di "modificazioni ambientali dannose".**

<sup>122</sup> Sul punto cfr. la motivazione del progetto di codice, *Referentenentwurf*, cit., p. 140.

<sup>123</sup> Sul punto M. KLOEPFER, *Umweltrecht*, cit., p. 17 ss., in particolare nota 66, dove ricorda la prima definizione legislativa di ambiente nel diritto tedesco, risalente alla legge sui prodotti chimici, *Chemikaliengesetz*, che nella versione del dicembre 1981 comprendeva nel concetto giuridico di ambiente: l'acqua, l'aria, il suolo e l'interazione da una parte, fra questi fattori, dall'altra, interazione fra di essi e tutte le altre forme di vita.

<sup>124</sup> Fondamentale il contributo di M. KLOEPFER, *Systematisierung des Umweltrechts, Berichte des Umweltbundesamtes*, 8/78, cit.

Il § 4 n. 6 definisce “modificazioni ambientali dannose”, quelle “modificazioni ambientali che per tipo, entità o durata, sono idonee a provocare pericoli, consistenti pregiudizi, o significative molestie alla generalità o al vicinato. La determinazione della dannosità è definita dalle disposizioni del codice ambientale, dalle disposizioni emanate sulla base del codice ambientale, così come dalle altre disposizioni di diritto ambientale, nella misura in cui esse concretizzano il concetto di dannosità secondo la prima proposizione”(di questa disposizione).

Si tratta di un concetto chiave perché, come vedremo, il § 52, primo comma, n. 1 e n. 2, *UGB I*, subordina il rilascio della autorizzazione integrata di progetto, *integrierte Vorhabengenehmigung*, al rispetto dei doveri fondamentali di protezione e di precauzione, entrambi specificamente correlati all’obiettivo di evitare modificazioni ambientali dannose.

Di questa definizione è opportuno evidenziare il riferimento alla “durata” come fattore della idoneità lesiva. Si tratta di un elemento caratteristico delle esigenze di protezione dell’ambiente, collegato anche alla dimensione della tutela precauzionale relativa al risparmio delle risorse, (c.d. *Ressourcenvorsorge*), cioè a quelle situazioni nelle quali si ha la certezza tendenziale delle leggi scientifiche in merito alla correlazione causale fra fatto ed evento dannoso, ma per il verificarsi di quest’ultimo è necessaria la reiterazione nel tempo di condotte analoghe, elemento, quest’ultimo, che di fatto non può essere previsto con certezza.

Il concetto di “modificazioni ambientali dannose” consta di due elementi: la modificazione ambientale e la sua dannosità<sup>125</sup>.

“Modificazioni ambientali”, secondo la definizione contenuta nel § 4, primo comma, n. 2 del libro primo del codice, sono quelle modificazioni delle acque, dell’aria, del suolo, che si propagano sull’uomo o sull’ambiente, così come i rumori, le vibrazioni, le luci, il calore, le radiazioni e simili effetti sull’uomo o sull’ambiente.

I successivi numeri del medesimo paragrafo definiscono ciascuna delle modifiche ai singoli beni ambientali. Così sono modificazioni dell’aria le modificazioni della sua composizione naturale, specialmente attraverso il fumo, la fuliggine, la polvere, i gas, inclusi i gas climalteranti, l’aereosol, i vapori, gli odori. Sono modificazioni delle acque le modificazioni della qualità delle acque nel senso precisato dal § 3 n. 5 del *UGB II*. Tale disposizione commisura la qualità delle acque alla loro composizione, quantità e idromorfologia, secondo le proprietà delle acque e delle parti di acque. Sono modificazioni del suolo le modificazioni della sue funzionalità.

Il concetto di “dannosità” della modifica ambientale è espressamente correlato dal § 4 n. 6 *UGB I*, alle concretizzazioni dei criteri astrattamente formulati nella medesima disposizione, che sono contenute nelle successive disposizioni del codice ambientale, nelle disposizioni emanate sulla base del codice, ovvero in altre disposizioni di diritto ambientale nella misura in cui queste ultime costituiscano una specifica concretizzazione del concetto di dannosità profilato in astratto dal codice.

### **9.3. La corrispondenza degli *standard* tecnici al disegno di tutela ambientale integrata: la definizione del concetto di “stato della tecnica” e i criteri legislativi per la sua concretizzazione.**

La definizione di “stato della tecnica” e l’espressa formulazione dei criteri legislativi per la sua concretizzazione sono fondamentali per conseguire gli obiettivi della codificazione. Questa disciplina, infatti, non solo realizza una notevole economia di norme, essendo applicabile a tutti i libri del codice, ma circoscrive la discrezionalità degli organi chiamati a concretizzare uno dei più importanti concetti giuridici indeterminati del diritto ambientale, in modo da assicurare la necessaria coerenza fra il disegno di tutela integrata astrattamente prefigurato dal codice e dai suoi principi, e la elaborazione di quegli *standard* tecnici che sono decisivi per la concreta realizzazione del sistema di tutela dell’ambiente ispirato al modello regolativo comunitario della tutela integrata.

<sup>125</sup> Cfr. la motivazione del *Referentenentwurf*, cit., p. 141 ss.

Secondo il § 4, n. 11, corrispondono allo stato della tecnica i più avanzati procedimenti, impianti e metodi aziendali che appaiono assicurare effettivamente l' idoneità delle misure per contenere le emissioni nell'aria, nelle acque, sul suolo, e per garantire uno smaltimento dei rifiuti eco-compatibile, ovvero che siano idonei ad evitare o minimizzare effetti ambientali, al fine di garantire nel suo complesso un alto livello di tutela all'ambiente unitariamente inteso. La medesima disposizione rinvia per l'ulteriore concretizzazione del concetto di stato della tecnica, all'allegato 1, *UGB I*, il quale, tenuto conto del modello comunitario, stabilisce che:

“Nella determinazione dello stato della tecnica, tenuto conto della proporzionalità fra costi e benefici delle possibili misure, così come dei principi di precauzione e di prevenzione, sono da prendere in considerazione, di volta in volta, con riferimento ai vari tipi di impianto, i seguenti criteri:

1. l'impiego di tecnologie a bassa produzione di rifiuti;
2. l'impiego di sostanze meno pericolose;
3. l'incentivazione del recupero e del reimpiego delle sostanze prodotte e impiegate nei singoli processi e, se del caso, dei rifiuti;
4. i processi comparabili, i dispositivi e i metodi aziendali;
5. gli avanzamenti nelle conoscenze scientifiche e tecnologiche;
6. la tipologia, gli effetti e la quantità delle emissioni rilasciate;
7. il momento di messa in funzione dei nuovi impianti ovvero degli impianti esistenti;
8. il tempo necessario per l'introduzione delle migliori tecnologie;
9. il consumo di materie prime, e il tipo di materie prime impiegate nei singoli procedimenti (compresa l'acqua), così come l'efficienza energetica;
10. la necessità, nella misura in cui è possibile, di evitare ovvero di ridurre l'efficacia complessiva delle emissioni e i pericoli per l'uomo e per l'ambiente;
11. la necessità di prevenire gli incidenti e di diminuire le loro conseguenze per l'uomo e per l'ambiente;
12. sono rese note le informazioni rilasciate dalla Commissione delle Comunità europee in conformità dell'art. 17, secondo comma, della direttiva 2008/1/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 15 gennaio 2008 sulla prevenzione e riduzione integrata dell'inquinamento ambientale (G.U. L 24, 8), nella versione di volta in volta vigente, ovvero le informazioni rilasciate dalle organizzazioni internazionali”.

### **10. Osservazione intermedia: la cultura del diritto ambientale e l' “arte di fare buone leggi”.**

Dopo l'esame delle disposizioni contenute nella prima sezione del primo capitolo *UGB I*, è già possibile intuire la solidità della progettata opera di codificazione, frutto, innanzitutto, di una risalente cultura giuridica del diritto ambientale, di mirabile spessore.

Presupposto, quest'ultimo, decisivo per un sapiente impiego dell' “arte di fare buone leggi”<sup>126</sup> e delle più moderne tecniche della legistica che, in mancanza di quel sapere sostanziale che è per loro vera e propria “materia prima”, sono destinate, per così dire, a “girare a vuoto”.

Proprio il trentennale lavoro di preparazione che lo ha preceduto, ha consentito a questo progetto di codice di mantenersi espressione delle tradizioni giuridiche tedesche anche in una materia, come il diritto ambientale, dominata dal diritto comunitario, e sebbene l'obiettivo di un adeguamento del diritto tedesco al diritto europeo domini la disciplina codicistica che, al tempo stesso, mira a recuperare il ruolo guida della Germania nella fase ascendente del diritto comunitario.

Un altro dato che emerge dall'analisi di questa disciplina è la responsabilità mostrata dagli autori della codificazione nella scelta di non utilizzare i principi e i concetti giuridici indeterminati, caratteristici della legislazione di questo settore, come mezzi per eludere o rinviare le scelte che

<sup>126</sup> Così il titolo del già ricordato saggio di J. W. HEDEMANN, *Über die Kunst, Gute Gesetze zu machen*, in *Festschrift Otto Gierke zum 70. Geburtstag*, cit.

competono al legislatore nella definizione delle politiche ambientali, non cedendo, pertanto, ad un uso “oscurantista” di quelle formule giuridiche che a livello diplomatico sono capaci di raccogliere un vasto consenso, si pensi al principio dello sviluppo sostenibile, ma che rischiano poi di risultare in concreto evanescenti, (proprio la puntuale indicazione dei precetti che scaturiscono dal principio dello sviluppo sostenibile, e che diventano, in quanto tali, parametro dell’azione amministrativa e parametro di giudizio per i giudici, esemplifica compiutamente, come si è visto, questo aspetto)<sup>127</sup>.

Un primo importante risvolto di quest’impostazione è la correzione dell’eccessivo spostamento a vantaggio dell’Esecutivo delle fondamentali decisioni di politica ambientale, talora avvenuto ben oltre le esigenze correlate ai suoi contenuti tecnici, (tanto che per il diritto ambientale si è parlato in Germania – ma il discorso vale per altre esperienze giuridiche - di una *Wesentlichkeitstheorie* invertita<sup>128</sup>, poiché la scelta di tutto ciò che è decisivo nella tutela dell’ambiente ha una naturale inclinazione ad essere attratta dall’Esecutivo e sottratta al Parlamento).

Il recupero al Parlamento delle scelte fondamentali, senza cadere nell’eccesso opposto di una anacronistica interpretazione del concetto di riserva di legge, intende così contribuire anche alla stabilizzazione del sistema giuridico di tutela dell’ambiente<sup>129</sup>.

Esaurito l’esame delle disposizioni comuni a tutti i libri del codice ambientale contenute nella prima sezione del capitolo primo, si procederà ad una sintetica illustrazione delle altre disposizioni generali contenute nelle successive sezioni del capitolo primo, che delle prime costituiscono una concretizzazione, al fine di completare il contesto che fa da sfondo al nucleo essenziale del primo libro del codice, cioè “il diritto ambientale correlato ai progetti”<sup>130</sup>, e, quindi, alla nuova tipologia autorizzatoria denominata *Integrierte Vorhabengenehmigung*, (autorizzazione integrata di progetto, disciplinata nel secondo capitolo *UGB I*).

### 11. La valutazione ambientale strategica: cenni.

La seconda sezione del libro primo del codice, (§§ 5-18), recepisce con poche modificazioni la disciplina già vigente per la valutazione ambientale strategica, (v.a.s.), inserita per l’attuazione della corrispondente direttiva 2001/42/CE, nella *Gesetz über die Umweltverträglichkeitsprüfung (UVPG)*, cioè la legge sulla valutazione di impatto ambientale, (v.i.a.)<sup>131</sup>.

Si tratta di una disciplina che ricalca la direttiva comunitaria.

Secondo il § 5: “1.La valutazione ambientale strategica è parte non autonoma del procedimento per la formazione o la modificazione di determinati piani e programmi e include la partecipazione del pubblico. La v.a.s. comprende la tempestiva ed esauriente individuazione, descrizione e valutazione degli effetti ambientali. 2.Essa può essere unificata ad altri controlli relativi all’individuazione o alla valutazione di effetti ambientali”.

Il § 6 determina il campo di applicazione delle disposizioni dettate dal libro primo del codice, che hanno carattere sussidiario rispetto all’eventuale disciplina dettata dalla legislazione federale o da quella dei *Länder*.

Le disposizioni del codice si applicano alla elaborazione e modificazione dei piani e programmi previsti dal diritto federale, che gli uffici sono tenuti a predisporre, adottare o modificare sulla base di *Verwaltungsvorschriften*, (norme aventi efficacia interna all’amministrazione), ovvero che sono adottati da un ufficio, da un Governo o sulla base di un procedimento legislativo, e per i

<sup>127</sup> Sull’inclinazione nell’esperienza italiana a impiegare “formule volutamente ambigue”, S. DE FELICE, *La semplificazione del diritto: la codificazione recente in Italia*, cit., p. 3.

<sup>128</sup> Cfr. R. SPARWASSER, R. ENGEL, A. VOBKUHLE, *Umweltrecht - Grundzüge des öffentlichen Umweltschutzrechts*, Heidelberg, Müller, V ed. riv., 2003, p. 57.

<sup>129</sup> Sul tema, H.J. PAPIER, *Entwurf eines Umweltgesetzbuches – Vom Allgemeinen zum Besonderen Teil*, cit.

<sup>130</sup> Cfr. diffusamente, la motivazione del *Referententwurf*, cit.

<sup>131</sup> La *Gesetz über die Umweltverträglichkeitsprüfung* del 12 febbraio 1990, è stata successivamente modificata e pubblicata nella versione del 25 giugno 2005, in BGBl, I, p. 1757, 2797, da ultimo modificata attraverso l’art. 2 della legge del 23 ottobre 2007, in BGBl, I, p. 2470.

quali il § 8 del libro primo del codice prescrive una v.a.s. o un esame nel caso singolo. Sono esclusi soltanto i piani relativi alla difesa o alla protezione dalle catastrofi e i piani e programmi finanziari e di bilancio.

Il Governo federale è autorizzato ad introdurre nell'allegato 2 del libro primo del codice, ulteriori piani e programmi che è prevedibile producano effetti ambientali significativi, per l'attuazione di atti vincolanti della Comunità europea, attraverso *Rechtsverordnung*, (atti normativi dell'esecutivo), emanati con l'approvazione del *Bundesrat*, cioè la camera rappresentativa degli interessi dei *Länder*.

Il § 7 demanda all'ufficio competente, il compito di accertare tempestivamente la necessità di una valutazione ambientale strategica.

La relativa decisione non è suscettibile di autonoma impugnazione.

Nel caso in cui sia previsto un esame caso per caso, ai sensi del § 8, quinto comma, è attivata la partecipazione del pubblico.

Il § 9 stabilisce che il quadro di riferimento per il c.d. *scoping* è predisposto dall'ufficio competente. Nel caso in cui i piani e programmi siano parte di un procedimento autorizzatorio o di pianificazione a più livelli, nella predisposizione del quadro di riferimento per lo *scoping*, deve essere stabilito a quale livello delle medesime procedure, devono essere verificati determinati effetti ambientali.

Il § 10 disciplina il rapporto ambientale.

Il § 11 prevede che l'ufficio competente trasmetta il progetto di piano o programma, e il rapporto ambientale agli uffici coinvolti in relazione alla loro sfera di competenza relativa alla tutela dell'ambiente o della salute. Per l'espressione del loro parere è stabilito un termine adeguato, non inferiore a un mese.

Il § 12 disciplina la partecipazione del pubblico, rinviando anche ai §§ 91-93 e 98, relativi alla v.i.a. Il § 12 indica le informazioni che devono essere messe a disposizione del pubblico.

L'ultimo comma della medesima disposizione stabilisce che ogni persona, i cui interessi sono colpiti dal piano o dal programma può presentare eccezioni, e impugnare il rapporto ambientale. Lo stesso vale per le associazioni intressate in relazione ai campi di attività definiti nei rispettivi statuti.

I successivi paragrafi disciplinano la v.a.s. transfrontaliera, (§ 13), la valutazione finale, (§ 14), la pubblicazione della decisione sull'approvazione del piano o programma, (§ 15), il monitoraggio, (§ 16), la v.a.s. relativa alla pianificazione delle vie di comunicazione federali (§ 17).

Infine il § 18 rinvia al terzo libro del codice, *UGB III*, per la v.a.s. relativa ai piani paesaggistici.

## **12.La tutela ambientale nell'azienda e le agevolazioni per le imprese certificate: il “management sostenibile” e lo Stato “garante” del corretto adempimento del compito costituzionale di protezione dei fondamenti naturali della vita.**

La terza sezione *UGB I*, (§§ 19-25), detta le disposizioni fondamentali per la tutela dell'ambiente nell'organizzazione dell'impresa, secondo il principio del “*management sostenibile*” sancito dal § 1, terzo comma, *UGB I*.

Sono stabiliti, innanzitutto, i casi nei quali deve essere nominato un responsabile ambientale, sono definiti i suoi compiti e gli obblighi di comunicazione all'ufficio competente.

In particolare, il § 19 obbliga le società di persone e di capitali rappresentate all'esterno da più persone, a nominare fra i membri dell'organo direttivo con poteri di rappresentanza, un soggetto che garantisce l'adempimento degli obblighi fondamentali di tutela dell'ambiente in relazione ai progetti che necessitano di autorizzazione integrata di progetto secondo il § 49 *UGB I*, l'adempimento degli obblighi stabiliti sulla base delle prescrizioni adottate in base al libro primo del codice, nonché l'adempimento degli obblighi del possessore di rifiuti ai sensi del § 26 della *Gesetz zur Förderung der Kreislaufwirtschaft und Sicherung der umweltverträglichen Beseitigung von*

*Abfällen (Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz - KrW-/AbfG*<sup>132</sup>, cioè la legge per il riciclaggio dei rifiuti e la garanzia del loro smaltimento compatibile con l'ambiente, disciplina il cui inserimento nel codice è programmato per la prossima legislatura).

La nomina del responsabile non pregiudica peraltro la responsabilità che compete all'organo ovvero ai soci.

Il soggetto nominato dalla società, ovvero il titolare di un progetto che necessita di autorizzazione integrata, secondo il § 49 del codice, ovvero il possessore di rifiuti ai sensi del § 26 della *Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz*, devono comunicare all'ufficio competente attraverso quali misure organizzative è assicurato l'adempimento degli obblighi fondamentali cui è subordinato, secondo il § 52 del libro primo codice, il rilascio della autorizzazione integrata di progetto, *Integrierte Vorhabengenehmigung*, nonché il rispetto della normativa sulla riduzione, il riciclaggio e lo smaltimento dei rifiuti.

E' prevista un'agevolazione per le imprese certificate EMAS, che possono adempiere l'obbligo attraverso la presentazione delle schede relative alla registrazione. Tuttavia, l'ufficio competente può pretendere la presentazione di ulteriori documenti nel caso in cui ciò sia necessario per l'adeguato adempimento degli obblighi di protezione dell'ambiente a carico dell'impresa.

Tale previsione è espressione dell'impostazione seguita dal codice, che vuole lo Stato garante del corretto adempimento delle funzioni di tutela ambientale affidate ai privati, nel rispetto dell'art. 20 a GG, dal quale discende la responsabilità degli organi pubblici per il corretto adempimento del compito costituzionale di tutela dei fondamenti naturali della vita.

Il § 20 *UGB I* stabilisce i casi nei quali è obbligatoria la nomina di uno o più incaricati ambientali.

In particolare, sono obbligati i titolari di progetti che necessitano di autorizzazione integrata di progetto secondo i §§ 49, 50 comma secondo e terzo, nn. 1 e 2, i gestori di impianti fissi nei quali di regola si producono rifiuti pericolosi, i gestori di impianti di smistamento, riciclaggio e smaltimento di rifiuti, e i possessori di rifiuti secondo il § 26 della *Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz*, quando tale nomina sia necessaria in relazione al tipo o alle dimensioni del progetto, e con riferimento agli effetti che essi producono sull'ambiente, indicati dal medesimo § 20 nn. 1-6. Fra questi, sono rilevanti, ad esempio, il tipo di emissioni rilasciate, i problemi tecnici che possono insorgere nella riduzione, riciclaggio e smaltimento dei rifiuti, le modifiche ambientali dannose che essi possono causare, e i pericoli di incidenti.

I dettagli relativi ai soggetti obbligati secondo i criteri appena ricordati, sono stabiliti con *Rechtsverordnung* del Governo federale, sentiti gli interessati secondo il § 46 del libro primo del codice, e con l'approvazione del *Bundesrat*. Tale regolamento ha carattere costitutivo per l'individuazione dei soggetti obbligati ai sensi del primo comma del § 20<sup>133</sup>.

Il relativo progetto di regolamento è già stato predisposto<sup>134</sup>.

L'ufficio competente può imporre l'obbligo di nominare uno o più incaricati ambientali quando nel caso concreto ciò è necessario secondo i criteri indicati dal primo comma del § 20, per le ipotesi in cui tale obbligo non è già prescritto dal sopra citato regolamento, ovvero per lo scarico di acque di scarico in acque, o in impianti di scarico, ovvero per gli impianti non bisognosi di autorizzazione secondo la legge federale sulla tutela dalle immissioni. Tuttavia, di regola, tale potere discrezionale non compete all'ufficio in relazione alle imprese certificate EMAS. Per queste

<sup>132</sup> La legge del 27 settembre 1994, in *BGBI I*, 2705, è stata modificata da ultimo con legge del 19 luglio 2007, in *BGBI I*, 1462.

<sup>133</sup> Cfr. motivazione del *Referentenentwurf*, cit., p. 155.

<sup>134</sup> Il regolamento, *Verordnung über Umweltbeauftragte (Umweltbeauftragtenverordnung)*, sul sito [www.bmu.de](http://www.bmu.de).

ultime infatti, con una *Soll-Vorschrift*<sup>135</sup> è previsto che l'ufficio deve, di regola<sup>136</sup>, rinunciare a tale nomina.

L'incaricato ambientale ha i compiti di consulenza, informazione e sorveglianza previsti in via generale dal § 21. Essi spaziano dallo sviluppo di processi *umweltfreundlich* "amichevoli per l'ambiente", al miglioramento della sicurezza degli impianti.

Gli incaricati ambientali sono preposti ciascuno a diversi compiti. Questi ultimi sono stabiliti in relazione agli specifici ambiti di attività da una *Rechtsverordnung* dal Governo federale ai sensi del successivo § 22, sentiti gli interessati secondo il § 46 del libro primo del codice, e con l'approvazione del *Bundesrat*. Questa *Rechtsverordnung* determina anche i criteri per la nomina dell'incaricato ambientale.

Il § 24 autorizza il Governo federale all'adozione di una *Rechtsverordnung*, con l'approvazione del *Bundesrat*, per la disciplina delle agevolazioni per le imprese certificate EMAS, e indica alcune condizioni.

In particolare possono essere previste facilitazioni relative al contenuto della domanda per i procedimenti di autorizzazione, e con riferimento alla sorveglianza, nella misura in cui il regolamento comunitario 761/2001 EMAS, preveda requisiti equivalenti a quelli previsti dal codice ambientale, ovvero da *Rechtsverordnung* da esso autorizzate. Le facilitazioni sono concesse se è stato certificato il rispetto delle disposizioni ambientali e che non sono state riscontrate deviazioni da tale disciplina.

### 13. La prevenzione e il risanamento dei danni ambientali: cenni.

La sezione quarta *UGB I* detta la disciplina generale del danno ambientale in attuazione della direttiva 2004/35/CE, come modificata dalla direttiva 2006/21 CE, relativa alla gestione dei rifiuti delle industrie estrattive.

Nel codice è trasferito pressoché integralmente il contenuto della legge sulla prevenzione e sul risanamento dei danni ambientali, *Gesetz über die Vermeidung und Sanierung von Umweltschäden (Umweltschadensgesetz - USchadG)*<sup>137</sup>.

In una prospettiva di stretta attuazione degli obblighi discendenti dal diritto comunitario, è stabilita una cornice giuridica che detta norme generali comuni a tutti gli specifici tipi di danno ambientale previsti dalla direttiva, (danni all'acqua, al suolo, alle specie e agli *habitat* naturali). Questa disciplina, quindi, deve essere integrata con riferimento ai singoli beni ambientali dalle regole previste nel libro secondo del codice relativo alle acque, nel libro terzo relativo alla protezione della natura, e dalla vigente legislazione sulla tutela del suolo, *Gesetz zum Schutz vor schädlichen Bodenveränderungen und zur Sanierung von Altlasten (Bundes-Bodenschutzgesetz - BBodSchG)*<sup>138</sup>, della quale si prevede l'inclusione nel codice, dopo le opportune modifiche, nella prossima legislatura.

Della cornice generale è opportuno ricordare solo alcune disposizioni, ma non si procederà ad un esame particolareggiato dato che essa ricalca la direttiva comunitaria. L'esame della disciplina relativa ai singoli beni ambientali richiederebbe, invece, un'autonoma trattazione che eccede l'oggetto di questo contributo.

Innanzitutto, il § 26, primo comma, stabilisce che la sezione quarta trova applicazione per i danni ambientali e per pericoli immediati di danno ambientale causati nell'esercizio delle professioni indicate nell'allegato quarto *UGB I*, nonché per i danni alle specie e agli *habitat*

<sup>135</sup> Come già precisato, le *Soll-Vorschriften*, sono disposizioni che di regola non lasciano all'amministrazione un ambito di scelta discrezionale nella loro applicazione, salvo però che ricorrano circostanze atipiche che, invece, consentono una deviazione dalla regola e riaccendono allora la discrezionalità.

<sup>136</sup> Cfr. motivazione del *Referentenentwurf*, cit., p. 156.

<sup>137</sup> Si tratta della *USchadG*, del 10 maggio 2007, in *BGBI* 2007, I, 666, modificata con legge del 19 luglio dello stesso anno, in *BGBI* 2007, I, 1462.

<sup>138</sup> Si tratta della *BBodSchG*, del 17 marzo 1998, in *BGBI* I, 502, modificata con legge del 9 dicembre 2004, in *BGBI* I, 3214.

naturali ai sensi del § 19 *UGB III*, che siano causati attraverso attività diverse da quelle indicate nell'allegato quarto *UGB I*, nella misura in cui il titolare abbia agito con colpa o con dolo.

Il quinto comma precisa che le disposizioni di questa sezione trovano applicazione soltanto se leggi federali o dei *Länder* non dettano una disciplina specifica più rigorosa.

Il § 27 contiene una serie di definizioni. In particolare il n. 1 definisce il concetto di “danno ambientale” ai fini della sezione quarta del libro primo del codice, che si distingue, dunque dal concetto sopra ricordato di modifica ambientale dannosa, valido, invece, per tutti i libri del codice; il n. 5 definisce il concetto di pericolo immediato di danno ambientale, che richiede la sufficiente probabilità di un danno ambientale in un futuro prossimo, e si colloca quindi nell'ambito del principio di difesa dai pericoli, non, invece, nella prospettiva della tutela precauzionale.

Secondo il § 28, in presenza di un danno, o di un pericolo immediato di danno, nel senso appena precisato, sorge per il responsabile un obbligo di informazione immediato agli uffici.

Il § 29 stabilisce che in caso di pericolo immediato di un danno ambientale il responsabile ha l'obbligo di adottare immediatamente le misure necessarie per evitare il danno.

Il § 30 pone a carico del responsabile, l'obbligo di adottare le misure di contenimento del danno e le misure di risanamento che sono necessarie secondo il successivo § 33.

Il § 31 definisce i poteri e i doveri degli uffici competenti.

In particolare, essi vigilano sulle misure adottate dal responsabile e possono dargli informazioni, dati e valutazioni relativi al pericolo o al danno, nonché indicargli le misure per evitarlo, contenerlo o risanarlo.

Il § 32 pone a carico dei proprietari e dei titolari di diritti di godimento, un obbligo di tolleranza delle misure per evitare, contenere o risanare il danno. Se le limitazioni imposte loro non sono esigibili, né altrimenti evitabili, spetta loro un indennizzo, che è posto a carico del responsabile.

Il § 33 disciplina la determinazione delle misure di risanamento attraverso il rinvio alle disposizioni speciali contenute nel secondo libro del codice relativo alle acque, nel libro terzo relativo alla protezione della natura, e nella legge federale sulla protezione del suolo, (il cui inserimento nel codice è programmato soltanto per la prossima legislatura).

Le misure di risanamento sono comunicate dal responsabile agli uffici competenti per la loro approvazione, qualora esse non siano già state adottate dagli uffici. Questi ultimi stabiliscono le misure per il risanamento sulla base delle discipline speciali sopra indicate.

Come previsto dalla direttiva, nei casi in cui non è possibile un contestuale risanamento, gli uffici competenti decidono la sequenza delle misure di risanamento, tenuto conto del tipo, della misura, della gravità dei danni, della possibilità di un ripristino naturale e dei rischi per la salute umana.

Il § 34 regola i costi delle misure per evitare il danno e per il risanamento. Essi sono posti a carico del responsabile, salvo le sue pretese nei confronti degli uffici e di terzi. Ai *Länder* è consentita l'adozione di una disciplina che non pone a carico del responsabile tali costi nei casi previsti dall'art. 8, comma quarto della direttiva 2004/35, (assenza di comportamento colposo e doloso e danno causato dalle condizioni indicate in tale disposizione).

#### **14. I rimedi giuridici per le questioni di diritto ambientale, in particolare la legittimazione delle associazioni ambientaliste.**

La sezione V del capitolo primo, del libro primo del progetto di codice (§§ 40-45), è dedicata ai rimedi giuridici per le questioni ambientali e riproduce, con minime modificazioni, il nucleo essenziale della disciplina contenuta nella *Gesetz über ergänzende Vorschriften zu Rechtsbehelfen in Umweltangelegenheiten nach EG-Richtlinie 2003/35/EG (Umweltrechtsbehelfsgesetz)*, adottata in attuazione della direttiva 2003/35/CE, contenente una disciplina integrativa dei rimedi giuridici nelle questioni ambientali<sup>139</sup>, delle direttive 85/337/ CEE

<sup>139</sup> La legge del 7 dicembre 2006 è pubblicata nel *BGBl*, 2006, I, p. 2816.

sulla valutazione di impatto ambientale, e 96/61/CE sulla tutela ambientale integrata, nonché della Convenzione di Aarhus, relativa all'accesso alle informazioni, alla partecipazione dell'opinione pubblica ai procedimenti di decisione e all'accesso ai tribunali in materia ambientale.

Il § 40, primo comma, definisce nel dettaglio il campo di applicazione delle disposizioni di questa sezione.

In sintesi, si tratta di rimedi contro le decisioni rese nel corso del procedimento di valutazione di impatto ambientale, ovvero relative a procedimenti preordinati al rilascio della *Integrierte Vorhabengenehmigung*, autorizzazione integrata di progetto, nei casi per i quali è prevista la partecipazione del pubblico, ovvero di questioni relative alla sezione quarta del capitolo primo del libro primo, dedicata alla prevenzione e risanamento del danno ambientale, o infine di rimedi contro gli ordini supplementari relativi agli impianti ai sensi del § 119 del libro primo, o quando in violazione del diritto vigente, tali decisioni non siano state adottate.

La disciplina della sezione trova applicazione anche per le associazioni che secondo il loro statuto hanno come scopo principale la tutela della natura e la cura del paesaggio e, pertanto, sono loro riconosciuti particolari poteri dal libro terzo del codice.

Secondo il § 41, avverso le decisioni previste dal § 40 *UGB I*, o in caso di mancata dovuta adozione delle medesime decisioni, sono legittimate a esperire i rimedi giurisdizionali previsti dalle disposizioni del codice di giustizia amministrativa, (*VwGO*), le associazioni riconosciute, ovvero quelle che hanno presentato domanda di riconoscimento, quando intendano far valere la violazione di norme a tutela dell'ambiente che fondano diritti dei singoli, e tali decisioni o la loro omissione, colpisce il perseguimento degli scopi di tutela ambientale previsti nel loro statuto, ed esse abbiano partecipato ai corrispondenti procedimenti esprimendosi sul merito della questione, o non siano state messe in condizione di partecipare.

Anche questa disposizione corrisponde alla disciplina vigente, peraltro criticata in dottrina per l'interpretazione eccessivamente restrittiva della direttiva comunitaria, il cui scopo non è solo quello di allargare il novero degli attori, bensì anche quello di rendere giustiziabili settori della disciplina ambientale che non attribuiscono diritti soggettivi individuali, ma che sono orientate al bene comune in termini oggettivi<sup>140</sup>.

Il § 41, terzo comma, riproduce anche un'interessante disposizione di coordinamento tra procedimento amministrativo e successivo processo giurisdizionale, già prevista dalla disciplina vigente: se l'associazione ambientalista ha avuto l'occasione di intervenire nel procedimento amministrativo, nel successivo processo giurisdizionale è colpita da una preclusione con riferimento a tutte le eccezioni che avrebbe potuto far valere tempestivamente nel procedimento amministrativo. In questo modo il legislatore intende da una parte valorizzare il significato della partecipazione procedimentale, dall'altra evitare che dall'attuazione del principio di cooperazione scaturiscano complicazioni non proficue.

Il § 42 disciplina il procedimento di riconoscimento delle associazioni, che comprende – a differenza di quanto previsto dalla disciplina che il codice intende sostituire – anche le associazioni che hanno come principale campo di azione la tutela della natura e la cura del paesaggio, alle quali nel libro terzo del codice, dedicato alla protezione della natura, sono riconosciuti particolari diritti e poteri.

Ai fini del riconoscimento della legittimazione ad agire in giudizio, le associazioni ambientaliste nazionali o internazionali sono assoggettate ad un procedimento di controllo diretto a verificare, tra l'altro, se l'associazione sulla base del suo statuto persegua in modo durevole gli scopi della tutela ambientale; se essa sia stata fondata da almeno da tre anni, e in questo periodo di tempo abbia effettivamente perseguito tali scopi; se essa dia garanzie di un'adequata realizzazione

<sup>140</sup> Sul tema si vedano i rilievi critici di H.J. KOCH, *Die Verbandsklage im Umweltrecht*, in *NVwZ* 2007, p. 369 ss., nonché il documento presentato da *Öko-Institut, Deutsche Umwelthilfe e Unabhängig Institut für Umweltfragen*, nel corso delle audizioni tenutesi nel giugno 2008, reperibile all'indirizzo [www.umweltgesetzbuch.org](http://www.umweltgesetzbuch.org).

di questi compiti; se essa renda possibile l'ingresso ad ogni persona che sostenga gli scopi dell'associazione, con pieno diritto di voto nell'assemblea, (se i membri dell'associazione sono perlomeno per tre quarti persone giuridiche, è però sufficiente che tale requisito sia posseduto dalla maggioranza di esse).

Il § 44 prevede un'azione giudiziale semplificata per colui che ha chiesto un rimedio contro una decisione secondo il § 40, comma primo frase prima n. 2 lett. a), cioè contro una autorizzazione integrata ambientale nei casi per i quali è prescritta la partecipazione del pubblico, in relazione ad un impianto previsto dal § 50 secondo comma, cioè per la installazione e gestione di impianti e per l'impiego di acque. In tal caso può essere presentata un'azione giurisdizionale amministrativa se sulla sua opposizione non è stata adottata una decisione entro tre mesi dalla sua presentazione, salvo il caso per le particolari circostanze sia imposto un termine più breve.

### **15. La produzione del diritto e delle regole.**

Come anticipato, un fondamentale obiettivo della codificazione del diritto ambientale tedesco è recuperare una più ampia legittimazione democratica delle scelte di tutela dell'ambiente<sup>141</sup>, sia attraverso la diretta espressione delle fondamentali decisioni di politica ambientale da parte del Parlamento, sia mediante la predisposizione della cornice legislativa adeguata a garantire che rispondano effettivamente al loro scopo i diversi istituti che nel diritto ambientale mirano a realizzare nuove forme di attuazione del principio democratico.

In questo contesto assumono una particolare rilevanza la conformazione legislativa del procedimento di produzione del diritto ambientale, e la predisposizione di un puntuale quadro normativo di riferimento per le regole amministrative che concretizzano concetti giuridici indeterminati.

Si tratta di un profilo decisivo per l'armonizzazione del diritto ambientale, caratterizzato da una legislazione che formula principi, obiettivi e modelli di tutela destinati a trovare concreta attuazione attraverso regole e *standard* tecnici, nonché attraverso atti amministrativi che incidono in modo decisivo sull'esercizio delle libertà e dei diritti costituzionali. Benché tali materie siano coperte da riserva di legge, la integrale legificazione delle prescrizioni tecniche contraddirebbe l'esigenza di un'effettiva garanzia dei diritti costituzionali. Quest'ultima richiede, infatti, un continuo adeguamento alle sopravvenute conoscenze tecniche e scientifiche, che la legge non è idonea ad assicurare, considerati i tempi e le modalità dei lavori parlamentari. D'altra parte, il sapere specialistico che costituisce l'oggetto delle norme tecniche non si presta al dibattito parlamentare.

La rilevanza delle scelte tecniche è comune a molti altri settori dell'ordinamento, tuttavia nel diritto ambientale si pongono esigenze particolari che discendono non solo dalla notevole estensione del fenomeno, ma soprattutto dagli ampi margini valutativi che qui connotano le relative scelte, e dal continuo intreccio fra valutazioni tecniche e decisioni politiche<sup>142</sup>.

Questo ampio margine di valutazione dipende essenzialmente dalla notevole complessità dei modelli regolativi che caratterizzano il diritto ambientale, in particolare dal c.d. "approccio integrato" nei diversi significati che il termine esprime.

La tutela integrata intesa come superamento della tutela mediale al fine di prevenire fenomeni di spostamento dell'inquinamento ambientale richiede complesse operazioni di bilanciamento fra contrapposti interessi ambientali; l'integrazione della tutela degli interessi ambientali con le esigenze dello sviluppo economico richiede altrettanto complessi bilanciamenti per definire il livello dello sviluppo sostenibile.

La complessità delle valutazioni e l'intreccio fra scelte tecniche e scelte politiche è ulteriormente accentuata dall'esigenza di realizzare questo complesso modello regolativo secondo un livello precauzionale di tutela. Il principio di precauzione, infatti, fondato sul riconoscimento dei

<sup>141</sup> Così H.-J. PAPIER, *Entwurf eines Umweltgesetzbuches*, cit., p. 1133 ss.

<sup>142</sup> Sul punto si veda il commento a *UGB-KE*, cit., dove già è ideato un compiuto modello di disciplina.

limiti delle capacità cognitive dello Stato, colpisce proprio il tradizionale fondamento della legittimazione dell'esecutivo al rilascio della disciplina tecnica, tradizionalmente ravvisato nella sua superiore competenza. Da ciò scaturisce l'esigenza di individuare forme adeguate di legittimazione delle scelte relative agli *standard* precauzionali che possono (o devono) essere stabiliti anche in mancanza di un sufficiente sapere specialistico, trovate appunto nelle "garanzie procedurali"<sup>143</sup>.

Una specifica disciplina legislativa dei procedimenti di produzione del diritto e delle regole in materia ambientale consente non solo di recuperare al Parlamento la capacità di influenzare i processi decisionali collegati alle decisioni tecniche, riportando alla sede parlamentare scelte che non è necessario siano rimesse all'Esecutivo, ma consente anche di conseguire significativi vantaggi in termini di semplificazione normativa, trattandosi di un'esigenza che copre ogni settore della legislazione ambientale.

Il contributo della dottrina tedesca sul tema è stato decisivo, e già le proposte elaborate nella parte generale del *Professorenentwurf*, pubblicato nel 1991<sup>144</sup>, poi perfezionate nel "Progetto della Commissione", *Umweltgesetzbuch (UGB-KomE) – Entwurf der Unabhängigen Sachverständigenkommission zum Umweltgesetzbuch beim Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit*<sup>145</sup>, hanno profondamente influenzato anche il nostro dibattito dottrinale, pertanto, al fine di apprezzarle nella loro autentica e integrale versione conviene riprodurre in nota la apposita sezione del progetto *UGB-KomE*<sup>146</sup>, dato che la disciplina stabilita dal

<sup>143</sup> Il contributo della dottrina tedesca sul punto è risalente, cfr. gli Autori citati in A. GRAGNANI, *Il principio di precauzione come modello di tutela dell'ambiente, dell'uomo, delle generazioni future*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, p. 9 ss.

<sup>144</sup> M. KLOEPFER, E. REHBINDER, E. SCHMIDT-ABMANN, con la collaborazione di P. KUNIG, *Berichte 7/90 Umweltgesetzbuch – Allgemeiner Teil, Umwelt Bundes Amt*, cit.

<sup>145</sup> *Umweltgesetzbuch (UGB-KomE) – Entwurf der Unabhängigen Sachverständigenkommission zum Umweltgesetzbuch beim Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit*, cit.

<sup>146</sup> Si tratta della disciplina contenuta nel progetto del 1997, sopra citato, nella Sezione III: Produzione del diritto e delle regole

Sottosezione I: *Rechtsverordnungen*

§ 11 Conferimento di poteri per la determinazione di valori limite e di valori guida per la qualità dell'ambiente

(1) Per gli scopi previsti nel § 1, in particolare per la protezione da pericoli o per la precauzione da rischi per l'ambiente o l'uomo possono essere determinati attraverso *Rechtsverordnung* con l'approvazione del *Bundesrat* valori limite per la qualità o lo stato delle acque, dell'aria e del suolo, nonché per le immissioni, che non possono essere superati. Nella *Rechtsverordnung* si può contemporaneamente disciplinare come possono essere calcolati i valori e come il rispetto di tali valori può essere misurato e sorvegliato. Per gli inquinamenti delle acque il conferimento di poteri vale solo per i pericoli che provengono da impianti, che servono a scopi industriali o che trovano impiego nell'ambito di imprese economiche, o che originano da attività nell'ambito della coltivazione agricola, dell'allevamento di animali o dell'economia forestale. L'opinione pubblica è coinvolta nei modi previsti dal § 20.

(2) A scopo di precauzione da rischi per l'ambiente o per l'uomo possono essere determinati attraverso *Rechtsverordnung* valori guida o altri requisiti di qualità per la qualità o lo stato delle acque, dell'aria e del suolo, della natura e del paesaggio, nonché per le immissioni, il cui rispetto è perseguito dagli uffici nell'ambito dei loro poteri. Si applicano in modo corrispondente il comma 1, frase 3 e 4.

(3) I valori guida di cui al comma 2 possono essere fissati anche da parte degli uffici competenti ai sensi del diritto del Land ovvero da parte dei comuni, delle associazioni comunali o dei circondari autorizzati dal diritto del Land. I dettagli sono previsti dalla legge del Land.

§ 12 Principi sui valori limite e sui valori guida

(1) I valori limite a protezione da pericoli ai sensi del § 11, comma 1 sono da determinare in modo tale che, nel rispetto di un adeguato margine di sicurezza, non possa essere pregiudicata la tutela dell'ambiente e dell'uomo.

(2) I valori limite e i valori guida a precauzione da rischi ai sensi del § 11, commi 1 e 2 sono da determinare in modo tale che, in considerazione del tipo, dimensione e probabilità del rischio possibile o accertato si prevenga il sorgere di effetti pregiudizievoli per l'ambiente e per l'uomo.

(3) I valori limite e i valori guida per la qualità dell'ambiente sono da determinare in modo tale che la capacità ricettiva e il limite di inquinamento dell'ambiente non vengano sovraccaricati nel lungo periodo.

(4) Nella determinazione di valori limite e di valori guida per la qualità dell'ambiente possono essere fissati requisiti relativi alla concentrazione e alla quantità di sostanze inquinanti nell'ambiente. In ciò si deve tenere conto della presenza di più sostanze inquinanti, come dell'inquinamento globale e dell'adeguata protezione di gruppi di persone sensibili.

(5) I valori limite e i valori indicativi per la qualità dell'ambiente, nella misura in cui essi non servono alla protezione da pericoli o alla precauzione da rischi per la salute dell'uomo, possono essere determinati diversamente, a seconda della meritevolezza di tutela dell'area o delle acque, in particolare delle loro qualità o dell'inquinamento precedente, della sensibilità della flora e della fauna e dell'uso presente o futuro.

(6) I valori limite e i valori indicativi per diverse vie di inquinamento o diversi beni ambientali devono essere coordinati gli uni con gli altri.

§13 Principi per i requisiti degli impianti, dei processi di gestione, di sostanze, di preparati, di prodotti.

(1) Quando in base a *Rechtsverordnung* ai sensi di questo codice sono imposti determinati requisiti relativi a :

1. costruzione, condizione o gestione di impianti in particolare attraverso la fissazione di valori limite, così come alla loro condizione dopo la chiusura,

2. lo scarico di rifiuti in acque,

3. la gestione dei rifiuti

4. omissis

5. omissis

6. operazioni di ingegneria genetica in un sistema chiuso, il rilascio di ogm o il commercio di prodotti geneticamente modificati

si applicano i principi dei commi da II a V.

(2) I requisiti previsti dal comma I possono tenere in considerazione anche lo sviluppo tecnico successivo all'entrata in vigore della *Rechtsverordnung*.

(3) Nella *Rechtsverordnung* si può prevedere per gli impianti esistenti, gli esistenti scarichi in acque e altre attività rilevanti per l'ambiente che sono in atto, requisiti precauzionali inferiori per un periodo transitorio. Quando sono determinati i requisiti e i periodi transitori, si deve tenere conto del rischio accertato o potenziale per l'ambiente o per l'uomo, così come la durata dell'uso e delle particolarità tecniche degli impianti, degli scarichi, dei metodi di gestione dei rifiuti, dei metodi agricoli e dell'uso della foresta.

(4) La *Rechtsverordnung* può contenere i metodi di verifica della compatibilità. Questi in particolare devono contenere metodi di misurazione, inclusi i requisiti di prelievi campione e il trattamento così come i metodi di analisi.

(5) I requisiti previsti dal comma I per differenti impianti, gestione, sostanze, preparati e prodotti devono essere reciprocamente armonizzati.

§ 14 Attuazione delle disposizioni comunitarie.

(1) L'autorizzazione al rilascio di *Rechtsverordnung* ai sensi di questo codice vale anche per l'attuazione di atti giuridici vincolanti della Comunità europea. Corrispondentemente essa vale anche per l'adeguamento al diritto internazionale secondo quanto previsto negli accordi internazionali.

(2) Attraverso *Rechtsverordnung* senza il consenso del *Bundesrat* possono essere modificati i rinvii a disposizioni di regolamenti e direttive della Comunità europea contenuti in questo codice, nella misura in cui ciò sia necessario per l'adeguamento alle modifiche previste in tali disposizioni.

§25 Valori limite e valori guida per la qualità dell'ambiente e requisiti per gli impianti e i processi industriali

Valori limite e valori guida per la qualità dell'ambiente ai sensi del § 11, requisiti per gli impianti e per i processi di impresa ai sensi del § 13 ed eccezioni ai sensi del § 202 possono essere stabiliti anche attraverso *Verwaltungsvorschriften* in particolare quando ciò è necessario secondo la valutazione dell'autorità competente perché:

1. lo stato delle conoscenze scientifiche e dello sviluppo tecnico non appare ancora sufficientemente assicurato ovvero

2. è da attendersi che nell'applicazione della disciplina d adottare dovranno essere previste eccezioni in una molteplicità di singoli casi.

§26 Efficacia presuntiva di *Verwaltungsvorschriften*

Si presume che le determinazioni contenute nelle *Verwaltungsvorschriften* ai sensi del § 25 riproducano correttamente lo stato della tecnica o lo stato della scienza e della tecnica.

§27 Destinatari dell'autorizzazione al rilascio di *Verwaltungsvorschriften*

(1) Salvo che sia diversamente previsto, autorizzazioni al rilascio di *Verwaltungsvorschriften* secondo questo codice si indirizzano al Governo federale.

(2) L'autorizzazione può essere delegata ad un Ministero federale con l'approvazione del *Bundesrat* a mezzo di *Verwaltungsvorschriften*, qualora ciò sia giustificato per lo scarso significato o per particolarità dell'oggetto da regolare.

§28 ...

§29 Procedimento, pubblicazione

(1) Per il procedimento di rilascio di *Verwaltungsvorschriften* secondo questo codice, che fissano i valori soglia e i valori guida per la qualità dell'ambiente o requisiti per gli impianti o processi aziendali si applicano in modo corrispondente il § 16, comma I, il § 18 comma I e il §19.

(2) *Verwaltungsvorschriften* secondo questo codice necessitano della pubblicazione ai fini della loro efficacia.

§30 Verifica periodica

progetto del 2008 è sul punto, ad oggi, soltanto parziale, prevedendosi, come precisato nella motivazione del progetto di codice, di completarla successivamente<sup>147</sup>.

Nell'attuale progetto di codice la disciplina stabilita consta di soli due paragrafi, §§ 46-47, ed è dedicata alla produzione del diritto e delle regole, nelle forme di *Rechtsverordnungen* e di *Verwaltungsvorschriften* aventi carattere generale.

Si tratta, rispettivamente, di normazione emanata dall'Esecutivo e di prescrizioni emanate da uffici amministrativi, ai quali, generalmente, è riconosciuta un'efficacia interna all'amministrazione<sup>148</sup>, ma che – come vedremo – secondo un innovativo indirizzo giurisprudenziale della Suprema Corte amministrativa, (*Bundesverwaltungsgericht*), presentano rilevanti particolarità nel diritto ambientale.

Le esigenze che la disciplina di questa sezione intende soddisfare sono:

- la formalizzazione della partecipazione attraverso la predisposizione di un modulo unitario per l'audizione degli interessati;

- la creazione di un vincolo generale al rispetto del modello regolativo della tutela integrata anche nelle norme che concretizzano i concetti giuridici indeterminati, per evitare il rischio di una disintegrazione del medesimo modello al momento della definizione dei requisiti tecnici destinati a realizzarlo;

- il coinvolgimento del *Bundesrat*, la camera rappresentativa degli interessi dei *Länder*, attraverso un potere di *Zustimmung*, cioè di approvazione, delle norme amministrative generali in forma di *Verwaltungsvorschriften* emanate dal Governo federale, finalizzate all'esecuzione delle disposizioni del codice, e alla attuazione della normativa emanata, sulla base del codice, dalla Federazione in forma di *Rechtsverordnungen*.

Nella prospettiva appena delineata, il § 46 *UGB I* stabilisce che per l'audizione degli interessati prescritta dal codice nel procedimento di emanazione di *Rechtsverordnungen* e di *Verwaltungsvorschriften* aventi carattere generale, deve essere sentita una rappresentanza (femminile e maschile), della scienza, dei settori dell'economia coinvolti, delle associazioni di vertice dei comuni, delle associazioni ambientaliste, degli altri interessati e delle supreme autorità dei *Länder* preposte alla tutela dell'ambiente.

Allo scopo di assicurare che il modello della tutela integrata prefigurato dal codice sul piano legislativo trovi corrispondente attuazione negli *standard* tecnici, il § 47 prescrive che nella determinazione dei requisiti di tutela dell'ambiente si tenga conto dei possibili spostamenti di effetti ambientali dannosi da un bene ambientale all'altro, e fra questi e l'uomo. Deve inoltre essere garantito un alto livello di tutela per l'ambiente unitariamente considerato.

Sotto condizione del predetto vincolo, il § 47 autorizza il Governo federale, sentite le cerchie degli interessati e con l'approvazione del *Bundesrat*, all'emanazione di *Verwaltungsvorschriften* di carattere generale, per l'attuazione delle disposizioni del codice e delle *Rechtsverordnungen* emanate dalla Federazione in attuazione del medesimo codice.

L'autorizzazione così configurata si estende a diversi settori disciplinati dal codice. Fra questi, ad esempio, l'autorizzazione ad emanare *Verwaltungsvorschriften* generali per stabilire i valori limite non superabili riferiti alle modificazioni ambientali, con il vincolo a conseguire gli

(1) *Verwaltungsvorschriften* ai sensi di questo codice, che fissano valori limite o valori guida per la qualità dell'ambiente o requisiti per gli impianti o processi aziendali dopo il decorso di un adeguato periodo di tempo devono essere verificati sotto il profilo del rispetto della loro corrispondenza ai presupposti previsti nell'autorizzazione, in particolare a quelli previsti nel § 25 e nel § 12.

(2) Il § 24 comma II si applica in quanto compatibile.

(3) Dopo il decorso di otto anni la *Verwaltungsvorschrift* perde validità. Il periodo della sua validità può al massimo essere prorogato di 8 anni. E' ammissibile una proroga prima della scadenza del termine previsto nella prima proposizione.

<sup>147</sup> Cfr. la motivazione che accompagna il progetto, p. 172.

<sup>148</sup> Sul punto, per le nozioni fondamentali, S. DETTERBECK, *Allgemeines Verwaltungsrecht - mit Verwaltungsprozessrecht*, cit., p. 301 ss.

scopi di tutela indicati nel § 1, primo comma, *UGB I*; per fissare i valori di emissione il cui superamento è evitabile secondo lo stato della tecnica; per fissare i procedimenti per l'accertamento delle emissioni e delle modificazioni dell'ambiente; per stabilire i criteri e i procedimenti per l'individuazione, la descrizione e la valutazione degli effetti ambientali secondo gli scopi dei §§ 78 e 100, secondo comma *UGB I*, (relativi alla v.i.a.); per definire i principi finalizzati alla predisposizione del rapporto ambientale previsto dal § 10 *UGB I*, nonché i criteri per il monitoraggio previsto dal § 16 *UGB I* in relazione all'esecuzione dei piani e programmi soggetti a v.a.s.

### **16. Il significato della disciplina sulla produzione del diritto e delle regole alla luce della giurisprudenza della Suprema Corte amministrativa federale tedesca sul regime delle *Verwaltungsvorschriften*, (prescrizioni amministrative), nel diritto ambientale.**

Per cogliere la effettiva portata giuridica della disciplina appena esaminata, conviene accennare alla particolare efficacia riconosciuta dalla Suprema Corte amministrativa federale tedesca, (*Bundesverwaltungsgericht, BVerwG*), alle *Verwaltungsvorschriften* nel diritto ambientale, premesso un sintetico quadro generale dell'efficacia e dei poteri di controllo giurisdizionale sull'osservanza di tali prescrizioni<sup>149</sup>.

Generalmente le prescrizioni amministrative, *Verwaltungsvorschriften*, sono classificate come ordini, ovvero come regole generali e astratte emanate da un'autorità superiore nei confronti dei sottordinati, e aventi efficacia vincolante interna alla amministrazione. Secondo la loro funzione, si possono distinguere varie forme di *Verwaltungsvorschriften*: quelle aventi natura organizzativa, (*organisatorische Verwaltungsvorschriften*); quelle che apprestano per gli uffici amministrativi direttive per l'interpretazione e l'applicazione della legge, emanate specialmente nella legislazione che contiene quei concetti giuridici indeterminati rispetto ai quali non compete all'amministrazione alcun margine di valutazione, (*gesetzesauslegende Verwaltungsvorschriften*); le prescrizioni amministrative che concretizzano quei concetti giuridici indeterminati ai quali è correlato un margine di valutazione, (*normkonkretisierende Verwaltungsvorschriften*), assai frequenti nel diritto ambientale, come *standard* tecnici e criteri di sicurezza; prescrizioni per l'esercizio del potere discrezionale attribuito dalla legge, *ermessenslenkende Verwaltungsvorschriften*; prescrizioni "sostitutive" della legge, negli ambiti dove la legge non appresta uno specifico fondamento all'attività amministrativa, (*gesetzesvertretende Verwaltungsvorschriften*), che si trovano, ad esempio, in relazione alla concessione di sovvenzioni<sup>150</sup>.

Considerato il loro carattere interno, di regola, le *Verwaltungsvorschriften* non hanno una diretta efficacia esterna, non sono direttamente impugnabili, né può essere pretesa dal cittadino la loro applicazione. L'impugnazione può rivolgersi direttamente contro l'atto amministrativo che ne fa applicazione, ovvero che contrasta con le *Verwaltungsvorschriften* e condizione che siano riconosciuti al cittadino diritti pubblici soggettivi. Peraltro, una indiretta efficacia esterna è riconosciuta in virtù del canone di eguaglianza prescritto dall'art. 3, primo comma, *GG*, alle *Verwaltungsvorschriften* che riducono il margine di decisione dell'amministrazione, (cioè le *ermessenslenkende Verwaltungsvorschriften*, le *normkonkretisierende Verwaltungsvorschriften*, e le *gesetzesvertretende Verwaltungsvorschriften*). Pretesa alla parità di trattamento, quest'ultima, valevole secondo la giurisprudenza amministrativa anche "per la prima volta", cioè come "prassi amministrativa anticipata", e sempre a condizione che si tratti di una prescrizione legittima. Sulla base di queste premesse, quando all'amministrazione compete un potere di decisione, il cittadino può impugnare l'atto amministrativo che viola il principio di eguaglianza, o i suoi diritti, per

<sup>149</sup> Nella letteratura italiana offre un quadro approfondito sulla potestà amministrativa e sul suo sindacato, il saggio di P. LAZZARA, *Scelte amministrative e sindacato giurisdizionale in Germania*, in *Dir. amm.*, 1996, p. 301 ss.

<sup>150</sup> Per un quadro informativo di riferimento sul tema qui trattato, S. DETTERBECK, *Allgemeines Verwaltungsrecht - mit Verwaltungsprozessrecht*, cit., p. 297 ss.

omessa o erronea applicazione di *Verwaltungsvorschriften*, nonché, alle stesse condizioni, egli può esperire l'azione di adempimento. Invece, nel caso in cui all'amministrazione non compete alcun margine di decisione nell'adozione di un atto amministrativo, unico parametro del controllo giurisdizionale è il diritto sostanziale, restando esclusa qualsiasi efficacia, anche solo indiretta, della violazione di *Verwaltungsvorschriften*<sup>151</sup>.

In questo quadro, un regime particolare compete alle *Verwaltungsvorschriften* nel diritto ambientale, segnatamente alle *normkonkretisierende Verwaltungsvorschriften*, che fissano gli *standard* tecnici e i criteri di sicurezza corrispondenti allo "stato della scienza e della tecnica".

Secondo un primo orientamento della Suprema Corte amministrativa federale, l'osservanza di *normkonkretisierende Verwaltungsvorschriften* conferisce loro la natura di consulenze tecniche anticipate. Pertanto, esse valgono come mezzi informali di prova, e dalla loro osservanza scaturisce una presunzione di conformità dell'atto amministrativo alla legge, superabile attraverso i formali mezzi di prova<sup>152</sup>.

Tuttavia, un successivo indirizzo giurisprudenziale della Suprema Corte federale ha riconosciuto alle prescrizioni tecniche contenute in *Verwaltungsvorschriften*, (*technische Verwaltungsvorschriften*), una diretta efficacia vincolante per i giudici subordinatamente alla ricorrenza di tre condizioni<sup>153</sup>, da cui deriverebbe una diretta efficacia anche per i cittadini<sup>154</sup>.

In primo luogo, tali *technische Verwaltungsvorschriften* devono essere conformi ai precetti contenuti in atti sovraordinati, ed essere fondate sullo stato delle conoscenze scientifiche e dell'attuale esperienza.

In secondo luogo, esse non devono essere superate dal successivo progresso delle conoscenze tecniche e scientifiche.

In terzo luogo, il rilascio di *technische Verwaltungsvorschriften* deve essere preceduto dalla più ampia partecipazione procedimentale finalizzata ad esaurire lo stato delle attuali conoscenze scientifiche e dell'esperienza.

In presenza dei presupposti appena indicati, allora, le *technische Verwaltungsvorschriften* sono osservate dal Supremo giudice amministrativo come norme giuridiche<sup>155</sup>.

Pertanto, tale indirizzo ha suscitato aspre critiche in dottrina, mentre il Tribunale costituzionale federale ha ancora lasciato aperta la questione della costituzionalità dell'interpretazione sostenuta dalla Suprema Corte amministrativa federale<sup>156</sup>.

Sulla base del quadro giurisprudenziale delineato in questa lunga parentesi, si può cogliere la portata della disciplina della produzione del diritto e delle regole contenuta nella sezione VI del capitolo primo *UGB I*, e in particolare delle prescrizioni che autorizzano il Governo federale, sentite le cerchie degli interessati e con l'approvazione del *Bundesrat*, all'emanazione di *Verwaltungsvorschriften* di carattere generale, per l'attuazione delle disposizioni del codice e delle *Rechtsverordnungen* emanate dalla Federazione in attuazione del medesimo codice, e nel rispetto dei dettagliati criteri dettati dall'allegato 1 del codice per definire il concetto di "stato della tecnica"<sup>157</sup>. Infatti, se l'indirizzo della Suprema Corte amministrativa sull'efficacia delle prescrizioni amministrative nel diritto ambientale non sarà giudicato incostituzionale<sup>158</sup>, la disciplina dei §§ 46 e 47 si presta a conseguire importanti risultati in termini di certezza del diritto e di prevedibilità delle

<sup>151</sup> Ancora S. DETTERBECK, *op. ult. cit.*

<sup>152</sup> *BVerwGE* 55, 250.

<sup>153</sup> *BVerwGE* 107, 338.

<sup>154</sup> S. DETTERBECK, *Allgemeines Verwaltungsrecht - mit Verwaltungsprozessrecht*, cit, p. 305.

<sup>155</sup> *BVerwGE* 110, 216.

<sup>156</sup> S. DETTERBECK, *Allgemeines Verwaltungsrecht - mit Verwaltungsprozessrecht*, cit. Si ricorda che qualsiasi atto del potere pubblico, comprese le decisioni giurisdizionali possono essere oggetto del ricorso individuale diretto del singolo leso in un suo diritto fondamentale, come previsto dall'art. 93 GG.

<sup>157</sup> Questa disciplina è stata esaminata in un precedente paragrafo di questo contributo.

<sup>158</sup> Sul punto, S. DETTERBECK, *Allgemeines Verwaltungsrecht - mit Verwaltungsprozessrecht*, cit.

decisioni giurisdizionali aventi ad oggetto gli atti che concretizzano i numerosi concetti giuridici indeterminati caratteristici della legislazione ambientale.

### **17.La *Integrierte Vorhabengenehmigung* (autorizzazione integrata di progetto) come idea centrale nella struttura del codice ambientale.**

La disciplina della *Integrierte Vorhabengenehmigung*, (autorizzazione integrata di progetto)<sup>159</sup>, costituisce l'idea centrale del codice ambientale e il perno del collegamento sistematico degli ambiti normativi speciali regolati dal codice. In essa trovano concreta e simultanea realizzazione i principi ispiratori del moderno diritto ambientale sia sul piano sostanziale che su quello procedurale, secondo il disegno racchiuso nel codice.

Per realizzare il modello della tutela integrata sono state prese in considerazione alternativamente tre possibili tipologie autorizzatorie<sup>160</sup>.

La prima è quella realizzata nell'ordinamento tedesco dalla vigente legislazione di attuazione delle direttive comunitarie sulla autorizzazione integrata e sulla valutazione di impatto ambientale. Si tratta del coordinamento fra la autorizzazione rilasciata secondo i presupposti della legge federale sulle immissioni, (*Bundesimmissionsschutzgesetz*)<sup>161</sup>, e altri procedimenti autorizzatori, (in particolare quelli previsti dalla disciplina federale sulle acque, (*Wasserhaushaltsgesetz*)<sup>162</sup>.

Un secondo (ipotetico) modello si fonda sulla previsione di un'unica autorizzazione, rilasciata da un unico ufficio, a conclusione di un unico procedimento, nel corso del quale devono essere verificati i requisiti di tutela ambientale cui è subordinato il rilascio dell'autorizzazione. Questi ultimi sono stabiliti innanzitutto, come nel diritto vigente, dalla legge sulla protezione dalle immissioni e dalla legge sulle acque. Secondo questo modello autorizzatorio alla verifica dei requisiti previsti da tali discipline, si deve successivamente aggiungere la valutazione di alcuni requisiti complementari, attraverso clausole di apertura e di ottimizzazione che consentono anche deviazioni rispetto ai requisiti stabiliti dalle discipline settoriali, quando una considerazione globale degli effetti del progetto conduce ad un innalzamento del livello di tutela.

Infine, un terzo modello fonda il carattere integrato dell'autorizzazione non soltanto sull'unicità dell'ufficio competente e sulla concentrazione procedimentale, ma anche sulla concentrazione della fattispecie autorizzatoria, che è concepita come "trasversale", (*übergreifend*), secondo i fini della tutela integrata.

Quest'ultima è la soluzione scelta, come vedremo, dal nuovo progetto di codice, e corrisponde essenzialmente a quella ideata dal precedente progetto dalla Commissione indipendente di esperti<sup>163</sup>.

<sup>159</sup> Sul tema, C. SANGENSTEDT, *Umweltgesetzbuch und Integrierte Vorhabengenehmigung*, cit., *Id.*, *Die Integrierte Vorhabengenehmigung Diskussionspunkte aus Sicht des Bundesumweltministeriums*, cit., nonché i contributi di C. CALLIESS, *Vorgaben für ein Umweltgesetzbuch: Europarecht*, e di W. SPOERR, *Integrierte Vorhabengenehmigung aus Sicht des Wirtschaft*, in *Das kommende Umweltgesetzbuch*, cit, rispettivamente p. 35 ss., p. 91 ss. e p. 95 ss., *Id.*, C. CALLIESS, *Integrierte Vorhabengenehmigung und Rechtsschutz im aktuellen Entwurf des UGB I*, cit.; per un'analisi puntuale si veda anche la motivazione che accompagna il *Referentenentwurf*, cit., p. 176 ss.

<sup>160</sup> Sul punto, per una sintesi delle tre alternative, C. SANGENSTEDT, *Umweltgesetzbuch und Integrierte Vorhabengenehmigung*, cit.

<sup>161</sup> *Gesetz zum Schutz vor schädlichen Umwelteinwirkungen durch Luftverunreinigungen, Geräusche, Erschütterungen und ähnliche Vorgänge (Bundes-Immissionsschutzgesetz - BImSchG)*, del 15.03.1974, successivamente modificata, pubblicata nella nuova versione in *BGBl* 2002, I, 3830, da ultimo modificata attraverso l'art. 1 della legge 23 ottobre 2007, in *BGBl*, I, 2470.

<sup>162</sup> *Gesetz zur Ordnung des Wasserhaushalts (Wasserhaushaltsgesetz - WHG)*, Nichtamtliches Inhaltsverzeichnis, del 27 luglio 1957, successivamente modificata e pubblicata nella nuova versione del 19 agosto 2002, in *BGBl*, I, 3245), da ultimo modificata dall'art. 2 della legge del 10 maggio 2007, in *BGBl*, I, 666.

<sup>163</sup> Si tratta del progetto noto come *Umweltgesetzbuch (UGB-KomE) – Entwurf der Unabhängigen Sachverständigenkommission zum Umweltgesetzbuch beim Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit*, cit.

La formale provenienza dell'autorizzazione da un solo ufficio non è considerata sufficiente per assicurare la tutela integrata.

A tal fine si è ritenuto necessario conformare secondo gli scopi della tutela integrata anche il parametro sostanziale di esame e di decisione dell'ufficio competente al rilascio dell'autorizzazione, nonché il parametro per il successivo monitoraggio.

La nuova fattispecie autorizzatoria raccoglie tutti i requisiti rilevanti per la decisione fino ad oggi contenuti in leggi separate, riunificate attraverso la codificazione sul piano strutturale, sistematico e concettuale<sup>164</sup>.

La diretta conformazione secondo i fini della tutela integrata dei presupposti della fattispecie autorizzatoria trova la sua più compiuta espressione, come vedremo, nella definizione di alcuni doveri fondamentali comuni, ai quali si aggiungono, di volta in volta in relazione ai singoli beni ambientali, gli specifici requisiti prescritti dai libri speciali del codice, e dalla legge sulla tutela del suolo, che, come anticipato, sarà inserita nel codice nella prossima legislatura<sup>165</sup>.

Questo modello consente fin dall'inizio una valutazione complessiva degli effetti del progetto dal punto di vista sostanziale rispetto a tutti i beni ambientali, ciò che agevola l'integrazione della tutela rispetto al modello del coordinamento fra successivi esami e valutazioni.

La prescelta conformazione della fattispecie autorizzatoria, inoltre, soddisfa le esigenze di armonizzazione e semplificazione normativa della codificazione perché unifica i requisiti prima contenuti in leggi settoriali costruite secondo modelli regolativi differenti.

A ciò si aggiungono importanti effetti di semplificazione amministrativa derivanti dalla riunificazione della disciplina procedimentale, e di deburocratizzazione, rispetto ai quali la disciplina della autorizzazione integrata di progetto ha un rilievo decisivo dato che essa investe il nucleo centrale del diritto amministrativo dell'ambiente.

Premesso questo quadro generale, conviene ora esaminare la disciplina relativa alla *Integrierte Vorhabengenehmigung* per cogliere come in concreto è realizzato il collegamento sistematico dei diversi ambiti normativi del diritto ambientale progettato dal codice.

### **17.1.L'ambito di applicazione della *Integrierte Vorhabengenehmigung* e il suo rapporto con la valutazione di impatto ambientale.**

Necessitano di *Integrierte Vorhabengenehmigung* i progetti e le discariche, (qualificabili come tali secondo le definizioni previste dal § 48), che hanno una particolare rilevanza per l'ambiente o per il territorio, e per i quali è necessaria una verifica estesa a tutti i beni ambientali.

Il § 49 *UGB I* stabilisce i criteri generali e astratti sulla cui base il Governo federale attraverso *Rechtsverordnung*, previa audizione delle cerchie degli interessati, e con l'approvazione del *Bundesrat*, individua tassativamente e con efficacia costitutiva i progetti bisognosi di autorizzazione integrata<sup>166</sup>.

Il progetto di *Rechtsverordnung* è stato già predisposto contestualmente al progetto di codice. Si tratta del *Verordnung über Vorhaben nach dem Umweltgesetzbuch (VorhabenV)*, che riunifica la disciplina prima contenuta in tre separati regolamenti<sup>167</sup>.

Il *VorhabenV* detta alcune disposizioni di ordine generale, definizioni, prescrizioni di dettaglio, e contiene una tabella dove sono indicati gli impianti soggetti ad autorizzazione integrata. Esso precisa quali progetti necessitano anche di v.i.a. o di verifica preliminare, e, per ciascuno di essi indica se appartiene al sistema europeo di commercio delle emissioni, nonché

<sup>164</sup> Sul punto, C. SANGENSTEDT, *Umweltgesetzbuch und Integrierte Vorhabengenehmigung*, cit., p. 504 ss.

<sup>165</sup> *Gesetz zum Schutz vor schädlichen Bodenveränderungen und zur Sanierung von Altlasten Bundes-Bodenschutzgesetz - BBodSchG*, del 17 marzo 1998, in *BGBI*, I, 502, da ultimo modificata dall'art. 3 della legge 9 dicembre 2004, in *BGBI*, I, 3214.

<sup>166</sup> Cfr. la motivazione *Referentenentwurf*, cit., p. 29.

<sup>167</sup> Il *VorhabenV* è reperibile sul sito del Ministero federale dell'Ambiente tedesco.

quale delle due varianti procedurali previste per l'autorizzazione integrata esso deve seguire, e se sia necessaria o meno la partecipazione del pubblico a tale procedura.

Il Governo federale deve tenere conto di un dettagliato elenco di criteri contenuto nell'allegato 7 al libro primo del codice, per l'individuazione dei progetti che necessitano di v.i.a. ovvero di verifica preliminare, in relazione alle caratteristiche del progetto, alla sua collocazione e alle caratteristiche degli effetti che esso può produrre.

Il § 49 *UGB I* distingue tre categorie di progetti per i quali è necessaria l'autorizzazione integrata.

La prima categoria comprende i progetti che hanno un notevole potenziale di pericolo per l'uomo o per l'ambiente. Si tratta dei progetti che per le loro caratteristiche, o per le relative attività possono cagionare modifiche ambientali dannose, nel senso definito dal § 4 n. 6, o altri pericoli, o notevoli pregiudizi o recare disturbo alla generalità o al vicinato, (§ 49, primo comma, n.1). Attraverso il riferimento alla "generalità", è chiarito che i beni ambientali sono tutelati anche per il loro valore in sé<sup>168</sup>.

Una seconda categoria comprende i progetti che possono avere significativi effetti sull'ambiente, nel senso indicato dal § 4 n. 8, (comprensivo anche degli effetti sul paesaggio), a causa della loro tipologia, dimensione o collocazione, e per i quali è prescritta la valutazione di impatto ambientale, oppure una verifica preliminare di assoggettabilità nel caso singolo.

In questi casi il procedimento per l'autorizzazione integrata rappresenta anche il procedimento guida per la v.i.a.<sup>169</sup>.

In particolare, il § 78 *UGB I* precisa che la v.i.a. costituisce in tali casi una fase non autonoma del procedimento amministrativo per il rilascio dell'autorizzazione integrata.

Le norme che disciplinano la v.i.a. sono contenute nei §§ 78-83 *UGB I*, collocati nel capitolo secondo relativo alla autorizzazione integrata di progetto.

La terza categoria riguarda le discariche e gli impianti fissi di smaltimento, stoccaggio o trattamento dei rifiuti.

Dei progetti che possiedono le caratteristiche previste dal comma primo del § 49, sono soggetti ad autorizzazione integrata soltanto quelli che appartengono ai settori centrali del diritto ambientale.

Una delimitazione a tal fine scaturisce dalla definizione di progetto prevista dal § 48, (che comprende, ad esempio gli impianti industriali di trattamento delle acque e le discariche).

Altri progetti sono espressamente esclusi, ad esempio quelli soggetti alla disciplina della legge sull'energia atomica, *Atomgesetz*<sup>170</sup>.

Sono esclusi anche i progetti che non riguardano un'attività imprenditoriale, poiché per la loro disciplina, come vedremo, la Federazione non dispone di competenza legislativa.

### 17.2.I doveri fondamentali.

I doveri fondamentali cui è subordinata la *Integrierte Vorhabengenehmigung* che, come vedremo, è prevista dai §§ 50 e 51 in due varianti, la *Genehmigung* e la *planerische Genehmigung*, cioè l'autorizzazione e l'autorizzazione pianificatoria, sono definiti in via generale dal § 52.

In particolare, il § 52, ricalcando lo schema dei precedenti progetti tedeschi di codice ambientale, nonché del diritto tedesco sulla protezione dalle immissioni<sup>171</sup>, e poi tenuto conto della

<sup>168</sup> Cfr. la motivazione *Referentenentwurf*, cit., p. 176.

<sup>169</sup> Così nella motivazione del progetto cit., p. 27.

<sup>170</sup> *Gesetz über die friedliche Verwendung der Kernenergie und den Schutz gegen ihre Gefahren (Atomgesetz) (AtG)* del 23 dicembre 1959, pubblicata nella versione modificata il 15 luglio 1985, *BGBI I*, 1565, da ultimo modificata attraverso l'art. 4 della legge 26 febbraio 2008, *BGBI I*, 215.

direttiva comunitaria 96/61/CE sulla prevenzione e riduzione integrata dell'inquinamento, stabilisce quali doveri fondamentali devono essere osservati in relazione all'esecuzione ed estinzione dei progetti oggetto di autorizzazione integrata, quindi, secondo una concezione dinamica, che ha riguardo non soltanto al momento del rilascio della autorizzazione, ma a tutta la vita dei progetti, compresa la loro estinzione<sup>172</sup>.

Si tratta dei seguenti doveri:

- protezione rispetto a modifiche ambientali dannose e di difesa da altri pericoli, notevoli pregiudizi e notevoli molestie per la generalità e il vicinato;
- precauzione rispetto a modifiche ambientali dannose e altri rischi, secondo le misure corrispondenti allo stato della tecnica;
- dovere di evitare la produzione di rifiuti, di riciclare quelli inevitabili, di smaltire senza danni per il bene comune quelli non riciclabili, con la precisazione che “i rifiuti non devono essere evitati nella misura in cui ciò non è tecnicamente possibile o ragionevole, evitare i rifiuti è inammissibile nella misura in cui conduce a effetti ambientali pregiudizievoli così come il loro recupero”;
- dovere di impiegare con parsimonia l'acqua;
- dovere di efficienza energetica.

Il riferimento al concetto di modifiche ambientali dannose realizza il disegno di tutela integrata, dato che, come già visto, esso è concepito secondo una concezione unitaria del bene ambiente, e comprende una verifica rispetto a ciascun bene ambientale effettuata rispetto alle varie fonti di inquinamento, che comportano modificazioni dell'aria, dell'acqua e delle funzioni del suolo, compresi scuotimenti, rumori, luci, calore, radiazioni.

Oltre ai doveri fondamentali, devono essere rispettati gli altri requisiti posti dalla disciplina settoriale, già inglobata nel codice soltanto in parte. Per gli ambiti normativi non ancora codificati vale la legislazione vigente.

Il § 52, terzo comma, precisa che il dovere fondamentale di precauzione sancito dal § 52, primo comma, n. 2, per gli impianti che partecipano al sistema comunitario di commercio di emissioni, e che sono oggetto del libro quinto del codice, è disciplinato esclusivamente dal libro quinto, *UGB V*. Inoltre, per i medesimi impianti le limitazioni di emissione di CO<sub>2</sub> sono ammissibili solo nei limiti in cui si debba assicurare che nell'ambito degli effetti prodotti dal progetto non sono provocate modificazioni ambientali dannose, ciò al fine di adempiere al dovere di protezione sancito, invece, dal n. 1 del § 52, primo comma.

Il § 53, primo comma, prevede che il Governo federale con *Rechtsverordnung* sentita la cerchia degli interessati, e con l'approvazione del *Bundesrat*, stabilisce le norme di attuazione in relazione agli specifici oggetti indicati nel dettaglio dalla medesima disposizione.

In particolare, questa *Rechtsverordnung* contiene l'indicazione dei requisiti prescritti per l'adempimento dei doveri fondamentali in relazione alla realizzazione dei progetti, alle caratteristiche degli impianti, allo stato successivo alla sospensione della loro attività, e alla sorveglianza personale del titolare sul rispetto dei doveri fondamentali. Si tratta dei requisiti tecnici di conformità, dei limiti di emissione non superabili, dei requisiti relativi al consumo energetico, dei rilevamenti che il titolare del progetto deve eseguire in relazione alla misurazione delle emissioni e alle modificazioni ambientali, delle verifiche di sicurezza tecnica che il titolare del progetto è tenuto a fare eseguire durante il funzionamento.

Il § 53, secondo comma, prevede che in una *Rechtsverordnung* emanata dal Governo federale, sentita la cerchia degli interessati, e con l'approvazione del *Bundesrat*, può essere stabilito in che misura dopo la scadenza di determinati termini transitori, devono essere adempiuti i requisiti fissati per precauzione contro modificazioni ambientali dannose, se al momento dell'entrata in

<sup>171</sup> C. CALLIESS, *Integrierte Vorhabengenehmigung und Rechtsschutz im aktuellen Entwurf des UGB I*, cit., p. 345.

<sup>172</sup> Sul punto si veda la motivazione del *Referentenentwurf*, cit.

vigore della *Rechtsverordnung* sono previsti requisiti inferiori in una decisione amministrativa, ovvero in una disposizione di un *Land*. Nella determinazione dei termini transitori e dei requisiti da osservare, sono da prendere in considerazione il tipo, la quantità e la pericolosità delle emissioni, nonché il periodo di utilizzazione e le caratteristiche tecniche del progetto.

Il § 54 subordina il rilascio dell'autorizzazione all'assicurazione che siano rispettati i doveri fondamentali previsti secondo criteri generali e astratti dal codice e concretizzati attraverso la *Rechtsverordnung* governativa.

Resta da precisare che il ricorso alla *Rechtsverordnung*, che come già detto, è una disciplina rilasciata dall'Esecutivo, avente carattere generale e astratto, è giustificato per l'esigenza di disporre di un procedimento normativo idoneo al rapido aggiornamento alle sopravvenute esigenze. Per completare il quadro conviene anche delinearne sinteticamente il regime giuridico<sup>173</sup>.

Innanzitutto la *Rechtsverordnung* deve rispettare la disciplina legislativa che ne costituisce il fondamento, secondo quanto previsto dall'art. 80 GG.

In secondo luogo, l'Esecutivo, nell'emanazione di *Rechtsverordnungen* non deve oltrepassare i limiti stabiliti dalla legge alla sua discrezionalità, e, naturalmente, deve osservare la Costituzione.

Secondo la giurisprudenza del Tribunale costituzionale federale, peraltro, la dogmatica elaborata per il controllo giurisdizionale sull'esercizio della discrezionalità amministrativa non può essere trasposta automaticamente al controllo di norme sub-legislative.

Il fondamento di questo orientamento è costituito dalla constatazione che si tratta di situazioni strutturalmente differenti, nel senso che la discrezionalità amministrativa è diretta a stabilire la regola del caso singolo, mentre la discrezionalità relativa all'emanazione delle norme sub-legislative è diretta a stabilire regole generali e astratte, nonché dalla considerazione che per la valutazione della conformità di delle leggi e delle fonti sub-legislative è decisivo il significato oggettivo nel contenuto della disposizione, non la volontà soggettiva del legislatore.

Le *Rechtsverordnungen* federali sono suscettibili di un controllo giurisdizionale incidentale, ad esempio in occasione dell'impugnazione di un atto amministrativo fondato su di esse.

Un recente e controverso indirizzo giurisprudenziale ammette, tuttavia, anche una tutela giurisdizionale diretta contro le *Rechtsverordnungen*, attraverso un'azione atipica di accertamento, diretta ad accertare che la *Rechtsverordnung* colpisce il cittadino in un suo diritto soggettivo, in particolare nel fondamentale diritto di eguaglianza<sup>174</sup>.

### **17.3. Le due varianti di *Integrierte Vorhabengenehmigung* (autorizzazione integrata).**

Il § 50 UGB I prevede l'autorizzazione integrata di progetto in due varianti, rispettivamente la *Genehmigung*, (autorizzazione), e la *planerische Genehmigung*, (autorizzazione pianificatoria).

La *Genehmigung* riguarda i progetti per i quali la minimizzazione delle modificazioni ambientali dipende essenzialmente dall'impiego di accorgimenti tecnici<sup>175</sup>.

In particolare, secondo il § 50, primo comma, n. 1, essa è necessaria per i progetti che prevedono la creazione e gestione di impianti, (tali secondo la definizione prevista dal § 48), nonché, secondo il § 50, primo comma, n. 2, per l'impiego di acque, nei limiti in cui quest'attività non ricada di per sé nell'ambito di applicazione del § 50, secondo comma, n. 1.

La *planerische Genehmigung*, (autorizzazione pianificatoria), secondo il § 50, terzo comma, è necessaria per determinati progetti particolarmente significativi per il territorio, aventi un particolare impatto sulla natura e sul paesaggio: la costruzione e la gestione di discariche, la

<sup>173</sup> Per un quadro sintetico sul regime giuridico delle *Rechtsverordnungen*, con riferimenti anche alla giurisprudenza costituzionale, S. DETTERBECK, *Allgemeines Verwaltungsrecht - mit Verwaltungsprozessrecht*, cit., p. 285 ss.

<sup>174</sup> S. DETTERBECK, *Allgemeines Verwaltungsrecht - mit Verwaltungsprozessrecht*, cit., p. 522 ss.

<sup>175</sup> Cfr. la motivazione del *Referentenentwurf*, cit., p. 180

costruzione e la gestione di impianti di conduttura e di depositi artificiali di acque, per le dighe, e per gli impianti relativi alle acque previsti dal § 50, terzo comma, n. 3.

#### **17.4. La *Genehmigung* (autorizzazione): caratteristiche, poteri dell'amministrazione; effetti giuridici.**

La *Genehmigung*<sup>176</sup> è in linea di principio una decisione vincolata.

Secondo quanto espressamente previsto dal § 54 “Presupposti dell'autorizzazione; discrezionalità gestionale”, se è assicurato il rispetto dei doveri fondamentali stabiliti dal § 52, e concretizzati dalla *Rechtsverordnung* emanata ai sensi del § 53, e se il progetto non contrasta con altri requisiti stabiliti dal codice ambientale, né con altre disposizioni di diritto pubblico, (in particolare con l'interesse alla tutela dei lavoratori), l'autorizzazione deve essere rilasciata.

Tuttavia, l'autorizzazione dei progetti che hanno per oggetto l'utilizzazione di acqua è subordinata anche a una valutazione discrezionale dell'amministrazione, oltre al previo accertamento dei requisiti generalmente richiesti, secondo quanto già previsto dal diritto vigente.

Il potere discrezionale dell'amministrazione è specificamente correlato dal § 54, ai profili relativi alla gestione delle acque, perché esso è giustificato dalle peculiari esigenze di questo settore, che richiedono requisiti ulteriori rispetto ai doveri fondamentali previsti dal § 52, e dalle altre disposizioni sopra indicate.

Si tratta di un potere espressamente qualificato dal § 54, secondo comma, come *pflichtgemäße Ermessen*<sup>177</sup>, letteralmente “discrezionalità secondo i doveri”, soltanto per indicare che non si tratta di un potere arbitrario, ma di un potere appunto discrezionale che, come espressamente disposto in via generale dal § 40 della legge sul procedimento amministrativo, (*Verwaltungsverfahrensgesetz*)<sup>178</sup>, deve rispettare i limiti stabiliti dalla legge, e naturalmente, deve essere esercitato in conformità dello scopo per il quale esso è attribuito.

I criteri per l'esercizio di questo potere discrezionale sono stabiliti nel libro II relativo alle acque, e soprattutto nel § 6 del medesimo libro, dedicato ai principi generali in materia.

Con riferimento ai progetti relativi all'impiego di acque a fronte del potere discrezionale riconosciuto all'ufficio spetta, quindi, all'istante soltanto la pretesa a un esercizio del potere conforme ai parametri stabiliti dal *UGB II*. Negli stessi casi, l'ufficio può ritenere necessaria una modificazione del progetto.

Il § 54, terzo comma, prescrive, inoltre, che nel rilascio dell'autorizzazione in presenza dei presupposti previsti dai §§ 52 e 53, ed eventualmente nell'esercizio del potere discrezionale sopra ricordato, si deve tenere conto anche dei risultati acquisiti attraverso la v.i.a., quando prescritta, al fine di assicurare una efficace tutela precauzionale.

Il § 55 contempla la possibilità di una decisione preliminare dell'amministrazione, su istanza dell'interessato e in presenza di un giustificato interesse, su singoli presupposti dell'autorizzazione, nonché la possibilità di un'autorizzazione parziale se, in base a un esame provvisorio, non risultano motivi che impedirebbero la completa realizzazione del progetto.

Per completare il quadro dei poteri amministrativi relativi alla *Genehmigung* è opportuno ricordare che il § 57 contempla la possibilità di introdurre condizioni e direttive rispetto ai progetti oggetto dell'autorizzazione integrata, nei limiti in cui ciò sia necessario in relazione all'adempimento dei relativi presupposti, ovvero ciò sia conforme allo scopo per il quale, limitatamente ai progetti sopra indicati, è attribuito all'amministrazione un potere discrezionale.

Il § 57 precisa che per gli impianti che prevedono l'impiego di acque può essere imposta una garanzia nei limiti in cui essa sia necessaria per assicurare l'adempimento delle direttive e obblighi

<sup>176</sup>Sul punto, ampiamente la motivazione del *Referentenentwurf*, cit., p. 186 ss.

<sup>177</sup> Sul concetto di *pflichtgemäße Ermessen*, S. DETTERBECK, *Allgemeines Verwaltungsrecht - mit Verwaltungsprozessrecht*, cit., p. 111.

<sup>178</sup> *Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVfG* del 25 maggio 1976, pubblicata nella versione del 23 gennaio 2003, in *BGBI*, I, 102, da ultimo modificata attraverso l'art. 4, ottavo comma, della legge 5 maggio 2004, in *BGBI*, I, 718.

correlati all'autorizzazione. Una garanzia può essere chiesta anche per gli impianti di smaltimento dei rifiuti, al fine di assicurare il rispetto dei doveri fondamentali contemplati dal § 52.

Gli effetti giuridici della *Genehmigung* sono stabiliti dal § 58 sia con riferimento al profilo della concentrazione procedimentale, sia rispetto alle pretese di protezione che possono essere avanzate rispetto al progetto.

La *Genehmigung* consegue notevoli risultati in termini di semplificazione amministrativa.

Il § 58 stabilisce che la *Genehmigung* include altre decisioni dell'ufficio relative al progetto, in particolare autorizzazioni di diritto pubblico, permessi (*Zulassungen*), concessioni (*Verleihungen*), con l'eccezione di autorizzazioni pianificatorie per le quali sia prescritta la partecipazione del pubblico, l'eccezione della predisposizione di piani, e dei permessi relativi a piani aziendali di diritto minerario, nonché delle decisioni relative al diritto atomico.

Come precisato nella motivazione del progetto<sup>179</sup>, l'autorizzazione ha una piena efficacia di integrazione, nel senso che essa vale per tutte le modifiche ambientali che scaturiscono dal progetto, grazie alla concentrazione delle autorizzazioni prima necessarie.

Nella misura in cui siano incluse altre decisioni amministrative nella *Genehmigung*, così ad esempio, la concessione edilizia, nulla è modificato riguardo ai presupposti e al contenuto regolativo di tale provvedimento, cosicché le modificazioni del progetto che riguardano soltanto tali aspetti non richiederanno un'autorizzazione integrata, bensì saranno decise di volta in volta nei rispettivi procedimenti.

Rispetto alle pretese di protezione di diritto privato, il § 58 stabilisce che contro gli effetti pregiudizievoli provenienti da un fondo su un fondo vicino, o derivanti dall'impiego di acque, non può essere pretesa la sospensione dell'esecuzione di un'autorizzazione divenuta inoppugnabile, ma soltanto l'adozione di accorgimenti per evitare tali effetti.

Se ciò non è possibile tenuto conto dello stadio della tecnica, o se ciò non è economicamente esigibile, può essere preteso soltanto il risarcimento del danno, salvo che si tratti di pretese fondate su un contratto, su un atto di ultima volontà o su diritti reali sul fondo.

Il § 59 disciplina l'estinzione dell'autorizzazione integrata, prevedendone alcune cause, e lascia impregiudicate le disposizioni che la prevedono per altri motivi<sup>180</sup>. Si tratta, in particolare del mancato inizio dell'esecuzione del progetto nel termine previsto; della sua mancata esecuzione per un periodo di più tre anni e dell'annullamento dell'autorizzazione.

Su istanza, e per gravi ragioni, i termini appena ricordati possono essere prorogati purché ciò non contrasti con lo scopo della legge.

Infine, una disciplina dettagliata è prevista in relazione alle modifiche dei progetti dai §§ 60-61.

### **17.5. La *Planerische Genehmigung*, (autorizzazione pianificatoria): caratteristiche; poteri dell'amministrazione; effetti giuridici.**

La seconda variante di autorizzazione integrata, denominata *Planerische Genehmigung*, (autorizzazione pianificatoria), è prescritta con riferimento ai progetti rilevanti per l'assetto del territorio, aventi un notevole impatto sulla natura e sul paesaggio, (ad esempio le discariche e le dighe)<sup>181</sup>.

Il codice disciplina questa tipologia di autorizzazione integrata nella sezione terza del capitolo secondo, *UGB I*.

La sezione è articolata in tre sottosezioni: la prima, §§ 63-70 a, contiene alcune disposizioni comuni, la seconda, §§ 71-74 una disciplina speciale per le discariche; la terza una disciplina speciale per altri impianti particolari, ad esempio le dighe.

<sup>179</sup> Cfr. motivazione del *Referentenentwurf*, cit., p. 191 ss.

<sup>180</sup> Cfr. la motivazione del *Referentenentwurf*, cit., p. 192 ss.

<sup>181</sup> Sulla *Planerische Genehmigung*, cfr. la motivazione del *Referentenentwurf*, cit., p. 194 ss.

L'autorizzazione di questi progetti è subordinata oltre che alla verifica degli specifici requisiti di tutela ambientale, ad una decisione di contemperamento fra contrapposti interessi, per la quale è prevista una clausola di bilanciamento che completa la fattispecie autorizzatoria. Tale clausola si rende necessaria data la notevole incidenza di questi progetti sugli interessi pubblici afferenti al territorio, che non di rado legittimano una significativa compressione dei diritti di terzi, ad esempio l'espropriazione.

La previsione di una fase di valutazione preordinata al bilanciamento di interessi, è la caratteristica che distingue la *planerische Genehmigung* dalla *Genehmigung*. Il fondamento di una peculiare disciplina di questa variante, infatti, risiede nella circostanza che di regola questo contemperamento è possibile solo in sede di pianificazione.

Il potere amministrativo in sede di pianificazione si caratterizza proprio per la discrezionalità decisoria che compete all'amministrazione indipendentemente da una espressa attribuzione legislativa, tanto che in dottrina si propone la autonoma qualificazione di *Planungsermessen*, "discrezionalità pianificatoria", come categoria distinta dalla discrezionalità amministrativa, *Verwaltungsermessen*<sup>182</sup>. La medesima qualificazione del potere decisorio dell'amministrazione relativo all'autorizzazione pianificatoria come *Planungsermessen*, è richiamata anche nella motivazione del progetto di codice<sup>183</sup>.

Per comprendere il significato di questa precisazione conviene ricordare che nell'ordinamento tedesco è controverso se per questo potere valgano i limiti previsti dal già ricordato § 40 *VerwVG* relativo al sindacato sui provvedimenti discrezionali, e il corrispondente controllo giurisdizionale previsto dal § 114 *VwGO*, nonché i relativi principi.

In ogni caso, resta fermo che tale potere non può neppure ritenersi libero o arbitrario, ma è soggetto a limiti, a partire dai vincoli discendenti dalle disposizioni costituzionali<sup>184</sup>.

La Suprema Corte amministrativa federale ha elaborato una complessa dogmatica relativa al suo controllo giurisdizionale incentrata sull'errore nel contemperamento, *Abwägungsfehler*. Ne costituiscono espressione i seguenti criteri:

- il contemperamento è illegittimo se esso è mancato, *Abwägungsausfall*;
- il contemperamento è illegittimo se non sono stati inclusi tutti gli interessi rilevanti, e, quindi, se esso è deficitario, *Abwägungsdefizit*;
- il contemperamento è illegittimo se il significato di singoli interessi è stato apertamente disconosciuto, quindi se la valutazione è erronea, *Abwägungsfehleinschätzung*;
- il contemperamento fra interessi colpiti dal provvedimento è illegittimo se esso non si raccorda alla loro rispettiva rilevanza oggettiva, *Abwägungsdisproportionalität*.

Resta da precisare che secondo la giurisprudenza amministrativa grava sul ricorrente l'onere di provare che senza l'errore nel contemperamento l'amministrazione avrebbe deciso diversamente<sup>185</sup>.

Delineata sinteticamente la natura di questo potere, si può procedere con l'esame della *Planerische Genehmigung*.

Il § 63 dispone che l'autorizzazione pianificatoria è rilasciata in presenza dei presupposti previsti dal § 54, primo comma, cioè se sono adempiuti i doveri fondamentali, se sono osservate le altre disposizioni previste dal codice e le altre prescrizioni previste.

<sup>182</sup> Per una prima informazione, S. DETTERBECK, *Allgemeines Verwaltungsrecht - mit Verwaltungsprozessrecht*, p. 127 ss.; più ampiamente sul tema, J. BADER, *Die Heilung von Verfahrens- und Formfehlern im verwaltungsgerichtlichen Verfahren*, in *NVwZ*, 1998, p. 674; A. VOBKUHLE, *Grundwissen – Öffentliches Recht: Entscheidungsspielräume der Verwaltung (Ermessen, Beurteilungsspielraum, planerische Gestaltungsfreiheit)*, in *Jus*, 2008, p. 117 ss.

<sup>183</sup> Cfr. la motivazione del progetto, p. 195.

<sup>184</sup> A. VOBKUHLE, *Grundwissen – Öffentliches Recht: Entscheidungsspielräume der Verwaltung (Ermessen, Beurteilungsspielraum, planerische Gestaltungsfreiheit)*, cit., p. 119.

<sup>185</sup> Cfr. S. DETTERBECK, *Allgemeines Verwaltungsrecht - mit Verwaltungsprozessrecht*, p. 115.

Oltre a ciò, il progetto non deve essere in contrasto con prevalenti interessi pubblici o privati. Pertanto, questi ultimi devono essere individuati, acquisiti, valutati e reciprocamente contemperati.

La formulazione letterale della disposizione è finalizzata ad evidenziare che il riscontro dei presupposti previsti dal § 54 equivale a quello operato in relazione all'altra variante di autorizzazione integrata, cioè la *Genehmigung*, cosicché è omogeneo il livello di tutela perseguito nelle due varianti.

Ad essa poi si aggiunge il contemperamento di interessi.

Ne consegue che gli interessi già "lavorati"<sup>186</sup> nel riscontro dei presupposti previsti dal § 54 non sono di nuovo presi in considerazione nella fase di contemperamento che segue alla prima.

Il § 64 disciplina l'ipotesi di un'autorizzazione "segmentata".

Il § 65 riconosce l'ammissibilità di prescrizioni complementari all'autorizzazione pianificatoria nella misura in cui esse siano necessarie o conformi allo scopo di evitare effetti pregiudizievoli ad interessi pubblici o privati. La medesima disposizione pone a carico del titolare l'adozione degli accorgimenti necessari ad evitare effetti pregiudizievoli a diritti o al bene comune. Altrimenti, il soggetto che ne è colpito ha diritto a un indennizzo in denaro.

In corrispondenza di interessi pubblici, come anticipato, la *planerische Genehmigung* può condurre anche al superamento di interessi contrastanti, compresi i diritti dei terzi, inclusa l'espropriazione nel caso in cui il progetto sia nell'interesse della collettività e l'espropriazione sia necessaria per la sua realizzazione, (cfr. § 66).

Gli effetti di concentrazione della *planerische Genehmigung* sono quindi maggiori rispetto a quelli della *Genehmigung*.

Il § 67 disciplina la possibilità di un anticipato avvio del progetto e la estinzione della autorizzazione pianificatoria.

L'estinzione è prevista per il caso in cui l'esecuzione del progetto non abbia avuto luogo entro cinque anni da quando essa è divenuta inoppugnabile, qualora, su istanza, non sia stata concessa una proroga. Sulla proroga dei termini il § 67 rinvia per quanto non disposto, alla disciplina del § 59, comma primo, nn. 2 e 3, e secondo comma, frase seconda, già esaminato con riferimento alla *Genehmigung*.

Il § 68 disciplina la modifica dei progetti.

Il § 70a rinvia per quanto non disposto dalle disposizioni di questa sezione del codice, alle disposizioni della legge sul procedimento amministrativo relative alla formazione e alla deliberazione dei piani.

In particolare, il rinvio è da intendersi al § 75, relativo agli effetti giuridici del piano e al § 77 relativo all'annullamento del provvedimento di deliberazione del piano<sup>187</sup>.

### **17.6. La v.i.a. come parte non autonoma del procedimento per l'autorizzazione integrata di progetto: cenni.**

La sezione quarta *UGB I* (§§ 78-83), disciplina il procedimento di valutazione di impatto ambientale, che ai sensi del § 78 costituisce parte non autonoma del procedimento per l'autorizzazione integrata di progetto.

Il § 78 definisce il concetto di v.i.a., e dispone che per il relativo procedimento è sempre obbligatoria la partecipazione del pubblico.

La medesima disposizione precisa che nell'ambito del procedimento per la autorizzazione integrata si procede a v.i.a. sia per i progetti per i quali essa è obbligatoria, sia in relazione a quelli per i quali la necessità di una v.i.a. dipende da una verifica preliminare nel caso singolo.

Inoltre, il § 78 stabilisce che nel procedimento per la autorizzazione integrata, la v.i.a. ha per oggetto soltanto gli effetti ambientali che devono essere presi in considerazione per la

<sup>186</sup> Così, testualmente, la motivazione del *Referentenentwurf*, cit., p. 195 ss.

<sup>187</sup> Cfr. la motivazione del *Referentenentwurf*, cit., p. 206 ss.

autorizzazione integrata di progetto, cioè per quelli che costituiscono la fattispecie autorizzatoria, in particolare gli effetti ambientali rilevanti secondo i §§ 54 e 63, sopra esaminati<sup>188</sup>.

Il § 78, secondo comma, chiarisce che appartengono agli effetti ambientali del progetto oggetto di v.i.a. o verifica preliminare di assoggettabilità, anche i carichi ambientali pregressi, *Vorbelastungen*. Per carichi pregressi si intendono gli effetti ambientali prodotti da altri progetti nel medesimo campo di efficacia, ma nel caso di modifica di un progetto, anche gli effetti del progetto da modificare.

Il § 79 disciplina l'accertamento dell'obbligo di v.i.a.

Il § 80 disciplina la v.i.a. relativa ai progetti nuovi.

Il § 81 disciplina la v.i.a. con riferimento alla modificazione di progetti.

Il § 82 riguarda il cumulo di progetti, ma nella versione del progetto di codice approvata nel maggio 2008, il testo della disposizione non è ancora disponibile.

Il § 83 stabilisce alcune eccezioni all'obbligo di v.i.a.

### **17.7. Il procedimento amministrativo per la *Integrierte Vorhabengenehmigung* (autorizzazione integrata di progetto).**

La sezione quinta del capitolo secondo, *UGB I*, §§ 84-118, disciplina il procedimento amministrativo in modo corrispondente per la *Genehmigung* e per la *planerische Genehmigung*, salvi gli adattamenti necessari in relazione alle particolarità di quest'ultima.

Si consegue con ciò una notevole semplificazione anche sul piano normativo perché è unificata la disciplina del procedimento prima contenuta a livello federale nella legge federale sulla protezione dalle immissioni, (*Bundesimmissionsschutzgesetz*), nel relativo regolamento, nella legge sul procedimento amministrativo, (*Verwaltungsverfahrensgesetz*) e nella legge sulla v.i.a., (*Gesetz über die Umweltverträglichkeitsprüfung*)<sup>189</sup>, nonché in varie normative dei *Länder*.

Tenuto conto del grado di rilevanza ambientale dei progetti, sono previste due varianti procedurali: un procedimento formale con partecipazione del pubblico, necessario per i progetti soggetti a v.i.a., e un procedimento semplificato, senza partecipazione del pubblico, per i progetti che hanno una minore rilevanza ambientale, per i quali sulla base di una verifica preliminare non è necessaria la v.i.a.

I §§ 84-88 disciplinano la fase della presentazione dell'istanza per l'autorizzazione.

In particolare il § 84 comprende in un'unica disposizione il c.d. *scoping*, già previsto dalla disciplina relativa alla v.i.a., e la *Antragsberatung*, consultazione sull'istanza, un istituto già previsto dalla legge sulle immissioni, che nella prassi si è rivelato particolarmente efficace per il corretto svolgimento del procedimento autorizzatorio.

La consultazione, *Beratung*, comprende tutte le questioni più rilevanti per un sollecito e corretto svolgimento del procedimento, ad esempio la documentazione necessaria, i tempi del procedimento, la richiesta di consulenze tecniche, la possibilità di un "volontario procedimento di dialogo con l'opinione pubblica", *freiwillig Dialogverfahren*, la possibilità di semplificazione e di alleggerimento del procedimento in particolare attraverso l'eventualità che l'ufficio competente per l'autorizzazione, su proposta o con l'adesione dell'istante, e a spese di quest'ultimo, si serva di una persona incaricata del *management* del progetto.

Per i progetti certificati EMAS, l'ufficio comunica al titolare del progetto se, e in che misura, è possibile la sostituzione della documentazione generalmente richiesta.

Lo stesso tipo di consultazione continua anche dopo la presentazione dell'istanza nella misura in cui la consultazione sia necessaria per il sollecito svolgimento del procedimento e sia conforme al suo scopo.

<sup>188</sup> Cfr. motivazione del *Referentenentwurf*, cit., p. 214.

<sup>189</sup> *Gesetz über die Umweltverträglichkeitsprüfung (UVPG)* del 12 febbraio 1990, modificata il 25 giugno 2005 in *BGBl*, I, 2797, da ultimo modificata attraverso l'art. 2 della legge 23 ottobre 2007, in *BGBl*, I, 2470.

I §§ 85-86 disciplinano la presentazione dell'istanza e l'attestazione da parte dell'ufficio che essa è pervenuta, con riferimento anche alla documentazione. Il termine previsto per la verifica dell'ufficio è di regola un mese.

Il § 87 disciplina la verifica della completezza dei dati.

Il § 88 disciplina l'acquisizione di una consulenza tecnica per il caso essa sia necessaria per la decisione sull'autorizzazione.

I §§ 89-90 disciplinano la partecipazione degli altri uffici.

Il § 89 prevede che l'ufficio competente per l'autorizzazione informa gli uffici il cui ambito di competenza è interessato dal progetto, al più tardi con l'avviso al pubblico del progetto, per l'espressione di un parere nel termine di un mese.

Il § 90 disciplina il coordinamento del procedimento per l'autorizzazione integrata con altri procedimenti autorizzatori, di competenza di altri uffici, necessari per lo stesso progetto, ovvero per altri progetti direttamente collegati con il progetto per il quale è chiesta l'autorizzazione, in ragione dei possibili effetti ambientali, per la loro collocazione o per la rispettiva attività.

L'ufficio competente per l'autorizzazione integrata assicura il pieno coordinamento del procedimento, del contenuto e delle prescrizioni complementari all'autorizzazione.

I §§ 91-99 disciplinano la partecipazione del pubblico.

In sintesi è previsto che l'ufficio proceda immediatamente all'avviso al pubblico del progetto, non appena la documentazione relativa all'istanza di autorizzazione è completa.

L'avviso è dato sia via *internet*, che attraverso pubblicazione a mezzo stampa, nei quotidiani o nel bollettino dell'ufficio. Esso deve contenere le informazioni previste dal § 91 nn. 1-13.

Il § 92 disciplina la messa a disposizione dell'istanza e della relativa documentazione.

Il § 93 disciplina la presentazione di eccezioni, *Einwenden*, anche in forma non scritta, contro il progetto nel termine di un mese e due settimane<sup>190</sup>. Il decorso del termine produce una preclusione per tutte le eccezioni che non siano fondate su contratto, atto di ultima volontà o diritti reali. Conseguentemente chi le ha formulate non può pretendere che le eccezioni tardive vengano prese in considerazione, né impugnare l'autorizzazione con mezzi giuridici fondati soltanto su tali eccezioni.

Le eccezioni sono portate a conoscenza degli uffici interessati e dell'istante. Su richiesta di chi ha presentato eccezioni, le sue generalità non sono rese note nella comunicazione, salvo che questi dati siano necessari per lo svolgimento del procedimento.

Il § 94 disciplina il dibattito sulle eccezioni che possono essere rilevanti per la verifica del progetto. Alle persone che hanno sollevato eccezioni deve essere data l'occasione di illustrarle.

Le eccezioni relative alle pretese fondate su contratto, atto di ultima volontà o diritto reali non sono trattate nel dibattito, gli oppositori sono avvisati ed è indicata loro la via giurisdizionale.

Il dibattito non ha luogo in mancanza di eccezioni tempestivamente presentate, o se quelle tempestivamente presentate sono state ritirate, o riguardano solo pretese fondate sui titoli sopra indicati, ovvero se chi le ha presentate ha comunicato che ha intenzione di rinunciare al dibattito e, in quest'ultimo caso, nessuno presenta opposizione entro due settimane.

Le successive disposizioni disciplinano ulteriori dettagli relativi al dibattito e alla partecipazione del pubblico con riferimento ad esempio alla modificazione della documentazione presentata nel corso del procedimento, ai procedimenti relativi a progetti per i quali c'è stata un'autorizzazione parziale, tenuto conto delle effettive esigenze di partecipazione correlate a corrispondenti significativi effetti ambientali o effetti pregiudizievoli nei confronti di terzi.

I §§ 100-102 disciplinano la conclusione del procedimento.

Il § 100 dispone che l'ufficio competente per l'autorizzazione elabora una relazione riassuntiva degli effetti ambientali del progetto sulla base della documentazione prodotta dall'istante, e tenuto conto dei pareri tempestivamente presentati dagli uffici interessati, e delle

<sup>190</sup> Sul punto si veda la motivazione del *Referentenentwurf*, cit., p. 245 ss.

eccezioni del pubblico, nonché dei risultati dei propri accertamenti. La relazione deve contenere anche l'indicazione delle misure per evitare effetti pregiudizievoli, minimizzarli o compensarli, e anche l'indennizzo per gli impatti sulla natura e sul paesaggio che non sono compensabili.

Gli effetti ambientali sono valutati dall'ufficio tenuto conto dell'esigenza di "una efficace precauzione per la tutela dell'uomo e dell'ambiente secondo quanto stabilito dalle leggi vigenti", (§ 100).

La relazione di sintesi dell'ufficio e la valutazione degli effetti ambientali sono inseriti nella motivazione della decisione.

Il § 101 stabilisce i termini per la decisione, che deve essere adottata e motivata in forma scritta con i dati indicati nell'allegato 10 *UGB I*.

L'istanza è rigettata non appena risulta che l'autorizzazione non può essere rilasciata, nonché quando l'istante non provvede nel termine assegnatogli, all'integrazione della documentazione richiesta dall'ufficio.

Il § 102 disciplina la comunicazione della decisione.

I §§ 103-108 disciplinano la partecipazione transfrontaliera.

I §§ 109-115 dettano alcune disposizioni particolari in relazione al procedimento per l'autorizzazione pianificatoria.

I §§ 116-118 disciplinano il procedimento semplificato.

I progetti per i quali è ammesso il procedimento semplificato sono quelli per i quali non è necessaria la v.i.a., e per i quali non è necessaria la partecipazione del pubblico, tenuto conto dei loro effetti ambientali. In concreto tali progetti sono individuati, come si è già detto, attraverso la *Rechtsverordnung* emanata ai sensi del § 49 *UGB I*.

Il procedimento semplificato è ammissibile anche per la autorizzazione pianificatoria, sempre a condizione che non sia necessaria la v.i.a., purché non siano pregiudicati nella loro essenza i diritti di terzi, ovvero a condizione che si pervenga ad un accordo in forma scritta con i soggetti colpiti e con il titolare di interessi pubblici il cui ambito di competenza è interessato dal progetto.

Il § 118 prevede un procedimento semplificato con ulteriore riduzione dei termini, solo per i progetti elencati nella medesima disposizione.

### **17.8. I provvedimenti successivi all'autorizzazione.**

La sezione sesta del capitolo secondo del libro primo del codice, §§ 119-122, disciplina alcuni provvedimenti successivi al rilascio dell'autorizzazione.

Il § 119 disciplina dettagliatamente i poteri degli uffici di dare le disposizioni supplementari per proteggere la generalità o il vicinato qualora essi successivamente al rilascio dell'autorizzazione risultino non sufficientemente tutelati da effetti ambientali dannosi o altri pericoli, consistenti pregiudizi o molestie.

Il § 120 disciplina i poteri di dare ordini supplementari successivi al rilascio della autorizzazione pianificatoria.

Il § 121 disciplina il divieto, la chiusura e la rimozione di progetti e impianti in varie ipotesi, ad esempio in caso di violazioni dei doveri previsti, in caso di insufficienza delle misure adottate ad evitare incidenti rilevanti o a limitarne le conseguenze, ovvero per il caso di impianti privi di autorizzazione.

Il § 122 disciplina la revoca anche parziale, dell'autorizzazione all'impiego di acque.

### **17.9. Il monitoraggio e le altre disposizioni relative alla autorizzazione integrata di progetto.**

La sezione settima, §§ 123-127 disciplina il monitoraggio.

Il § 123 disciplina la sorveglianza sul rispetto delle disposizioni relative alla *Integrierte Vorhabengenehmigung* e delle relative *Rechtsverordnungen*.

In particolare, tale disposizione prevede che gli uffici competenti devono periodicamente controllare e, nella misura in cui è necessario, e ai sensi dei §§ 118 e 119, devono ordinare le misure per adeguare l'esecuzione del progetto alla situazione sopravvenuta.

Un riesame è sempre necessario nei casi indicati dal § 123, primo comma, nn. 1-4, cioè se sussistono indizi che la tutela per la generalità e il vicinato non sia sufficiente e quindi devono essere riesaminati, o nuovamente fissati i limiti di emissione fissati nell'autorizzazione; fondamentali avanzamenti dello stato della tecnica rendono possibile consistenti minimizzazioni delle emissioni; un miglioramento della sicurezza della gestione è necessaria particolarmente attraverso l'impiego di altre tecnologie, o è richiesta dalla successiva legislazione ambientale.

Il § 123, secondo comma, disciplina gli obblighi di tolleranza e di collaborazione del titolare del progetto, e dei proprietari e possessori dei fondi dove sono realizzati i progetti.

Il § 125 disciplina il potere degli uffici di ordinare la misurazione di emissioni e il rilevamento di modificazioni ambientali relativi ai progetti.

Il § 126 disciplina il potere degli uffici di ordinare verifiche tecniche di sicurezza.

Il § 127 disciplina il regolamento delle relative spese.

La sezione ottava del capitolo secondo del libro primo del codice, detta un'apposita disciplina per i progetti esistenti e per il loro adeguamento alla nuova situazione giuridica.

### **18. Le disposizioni finali del libro primo: cenni e rinvio.**

Il capitolo terzo, §§ 138-141, detta le disposizioni finali del libro primo del codice.

Il § 138 autorizza il Governo federale a dettare alcune disposizioni speciali per i progetti finalizzati alla difesa nazionale, attraverso *Rechtsverordnung*, soggetta ad approvazione del *Bundesrat*.

Il § 139 prevede alcune sanzioni per la colposa o dolosa violazione delle disposizioni del codice e delle *Rechtsverordnungen* emanate sulla sua base.

Il § 140 contiene una disposizione, che in attuazione dell'art. 84 GG, individua la disciplina del procedimento amministrativo dettata dal codice dell'ambiente, che non è derogabile dai *Länder*.

Si tratta delle disposizioni dettate nel libro primo del codice, e delle norme adottate sulla base di tali disposizioni, con l'eccezione stabilita dal § 6, comma quinto, cioè i §§ 7-16, relativi alla valutazione ambientale strategica.

Lo spazio per una differenziazione della disciplina ad opera dei *Länder* è minima.

Per comprendere meglio la portata fondamentale di questa disposizione è però necessario delineare, prima, il quadro dell'assetto costituzionale delle competenze legislative nel diritto ambientale. Pertanto, l'esame del § 140 è rinviato alla parte di questo contributo dedicata alla riforma del federalismo tedesco.

Il § 141 fissa l'entrata in vigore del codice con un rinvio al giorno stabilito dalla già ricordata *Einführungsgesetz zum Umweltgesetzbuch*, legge di introduzione al codice ambientale.

### **19. La dettagliata quantificazione delle modificazioni dei costi burocratici della tutela dell'ambiente come indice concreto della "buona qualità" del codice ambientale.**

Esaurito l'esame del secondo capitolo, è opportuno segnalare un dato di cui non è opportuno rendere conto nel dettaglio, ma che è fondamentale per la realizzazione degli scopi della codificazione: la riduzione dei costi burocratici per la tutela dell'ambiente, conseguita soprattutto attraverso la disciplina della autorizzazione integrata di progetto, oltre che, più in generale, attraverso il complesso delle disposizioni contenute nel codice ambientale.

Nella motivazione del progetto di codice, il legislatore non si è limitato ad una generica enunciazione di tale obiettivo o del suo conseguimento, ma ha predisposto dettagliate tabelle comparative che quantificano l'ammontare dei costi burocratici, rispettivamente secondo la

disciplina oggi vigente, e secondo la disciplina codificata<sup>191</sup>. Alla lettura delle tabelle si rinvia per una concreta valutazione dei vantaggi del codice ambientale.

## **20.Osservazione intermedia: le caratteristiche fondamentali del sistema regolativo codificato nel primo libro del codice.**

Esaurito l'esame delle ulteriori disposizioni del capitolo primo del libro primo, *UGB I*, (cioè i c.d. "istituti trasversali" del diritto ambientale), delle disposizioni del capitolo secondo, (dedicato al c.d. "diritto ambientale correlato ai progetti"), e viste le principali disposizioni finali del libro primo del codice, conviene riepilogare sinteticamente le fondamentali scelte che caratterizzano questa disciplina.

Essa si percepisce con immediatezza come un coerente svolgimento dei principi enunciati nelle disposizioni generali applicabili a tutti i libri del codice, contenuti nella sezione prima del capitolo primo, *UGB I*.

Il sistema della tutela settoriale fondata originariamente sul *Gefahrenabwehrprinzip*, (principio di difesa dai pericoli), a sua volta improntato al paradigma del diritto autoritativo, (*Ordnungsrecht*), è stato sostituito da un sistema più complesso, orientato alla tutela precauzionale dell'ambiente come bene unitario, che costituisce il coronamento della lunga evoluzione già avviata da tempo nell'ordinamento tedesco.

Si tratta della disciplina fondamentale per l'attuazione del modello regolativo della tutela ambientale integrata, incentrato sulle direttive relative alla valutazione ambientale strategica, alla valutazione di impatto ambientale e alla prevenzione e riduzione integrate dell'inquinamento ambientale, cioè di quel complesso normativo che ha sollecitato uno specifico orientamento sistematico nell'attuazione dei vincoli discendenti dal diritto europeo<sup>192</sup>.

Le caratteristiche principali del sistema regolativo stabilito dal codice sono rappresentate:

-dalla stretta connessione fra gli obiettivi sostanziali della tutela ambientale integrata e la particolare conformazione del procedimento amministrativo deputato a realizzarla, che di essa diventa un elemento necessario;

-da un'apertura alla normativa finalistica per la conformazione della fattispecie autorizzatoria della *integrierte Vorhabengenehmigung*, limitatamente agli aspetti relativi alla disciplina delle acque, che affianca la tradizionale struttura regolativa condizionale, caratteristica del diritto amministrativo tedesco, mantenuta, al di fuori dei profili relativi alle acque, nella disciplina della autorizzazione integrata;

-da un limitato ricorso a strumenti cooperativi e volontari di tutela dell'ambiente, che affiancano il diritto autoritativo, ma non mettono mai in ombra la responsabilità dello Stato per l'adempimento del compito costituzionale di tutela dei fondamenti naturali della vita previsto dall'art. 20 a *GG*;

-dalla scelta di mantenere la legittimazione delle associazioni ambientaliste limitata alle azioni dirette a far valere la violazione di norme di tutela dell'ambiente che fondano diritti dei singoli.

Secondo alcune prime valutazioni, il progetto di codice ha conseguito i propri obiettivi di riunificazione, armonizzazione e semplificazione del diritto ambientale, tenuto conto anche della premessa di mantenere complessivamente invariato il livello di tutela ambientale rispetto a quanto previsto dal diritto vigente<sup>193</sup>.

<sup>191</sup> Cfr. la motivazione del *Referentenentwurf*, cit., pp. 52-131.

<sup>192</sup> R. WAHL, *Das deutsche Genehmigung und Umweltrecht unter Anpassungsdruck*, in *Umweltrecht im Wandel*, a cura di K.-P. DOLDE, Berlin, E. Schmidt, 2001, p. 237 ss., in particolare p. 248 ss. Sui profili relativi all'attuazione del diritto comunitario con specifico riferimento al progetto di codice, C. CALLIESS, *Vorgaben für ein Umweltgesetzbuch*, in *Das kommende Umweltgesetzbuch*, a cura di M. KLOEPFER, Berlin, Duncker & Humblot, 2007, p. 35 ss.

<sup>193</sup> Cfr. M. KLOEPFER, *Umweltschutzrecht*, cit., p. 34 ss., che peraltro accenna anche a possibili miglioramenti sia nel contenuto, che nella forma, nonché l'opportunità di colmare alcune lacune, p. 34 ss.; C. CALLIESS, *Integrierte*

Tuttavia, il codice presenta ancora qualche debolezza rispetto allo scopo di un compiuto adeguamento al diritto comunitario, specialmente per la sopra ricordata limitazione della legittimazione delle associazioni ambientaliste<sup>194</sup>.

Riguardo, invece, alla occasione offerta dalla codificazione per l'adattamento della struttura regolativa condizionale tipica del diritto amministrativo tedesco, rispetto al carattere ampiamente finalistico tipico del diritto comunitario, la nuova disciplina costituisce una prudente modernizzazione, che nel settore delle acque rende più agevole la realizzazione della tutela ambientale integrata. Quest'ultima, infatti, per la sua complessità, richiede, ma non soltanto nel settore delle acque, che il rilascio della autorizzazione sia subordinato a contemperamenti, valutazioni e poteri discrezionali dell'amministrazione. L'opinione che sostiene sulla base degli artt. 12 e 14 GG, (relativi alla tutela della libertà di scelta della professione e alla tutela della proprietà), la necessità costituzionale di una pretesa alla autorizzazione in presenza dei presupposti legislativi, corrispondente a un potere vincolato della amministrazione, non persuade. Infatti, nel quadro dell'ordinamento costituzionale sono sempre necessari contemperamenti fra contrapposti interessi costituzionali.

Inoltre, in termini di concrete garanzie dei diritti costituzionali, la conformazione di una fattispecie autorizzatoria sulla base di presupposti costituiti da concetti indeterminati, che presuppongono un contemperamento di interessi e margini di valutazione riservati all'amministrazione, (*Beurteilungsspielraum*), non conduce a risultati così diversi dall'attribuzione all'amministrazione di un potere discrezionale, (*Ermessen*)<sup>195</sup>.

Anche sotto il profilo del ricorso agli strumenti che nel diritto ambientale possono affiancare il diritto autoritativo, il libro primo del codice mostra molta cautela, e non sfrutta per il momento tutte le loro potenzialità. Naturalmente ciò non pregiudica la possibilità di colmare in seguito questa

*Vorhabengenehmigung und Rechtsschutz im aktuellen Entwurf des UGB I*, cit., p. 345, p. 350 ss., anch'Egli con l'indicazione della possibilità di ulteriori perfezionamenti.

<sup>194</sup> Cfr. C. CALLIESS, *Integrierte Vorhabengenehmigung und Rechtsschutz im aktuellen Entwurf des UGB I*, cit., p. 345, p. 350 ss. Sul punto si veda anche il documento presentato da *Öko-Institut, Deutsche Umwelthilfe e Unabhängig Institut für Umweltfragen*, nel corso delle audizioni tenutesi nel giugno 2008, reperibile all'indirizzo [www.umweltgesetzbuch.org](http://www.umweltgesetzbuch.org).

<sup>195</sup> Sulla classica struttura condizionale della disciplina tedesca, (secondo la formula se A, allora B), e sulle difficoltà di adattamento alla struttura finalistica caratteristica del diritto comunitario, (incentrata sull'indicazione di obiettivi da raggiungere), percepita in termini assai problematici, R. BREUER, *Zunehmende Vielstaltigkeit der Instrumente im deutschen und europäischen Umweltrecht – Probleme der Stimmigkeit und Zusammenwirkens*, in *NVwZ*, 1997, p. 833 ss., percepita in termini meno problematici, M. KLOEPFER, *Die europäische Herausforderung – Spannungslagen zwischen deutschem und europäischen Umweltrecht*, in *NVwZ*, 2002, p. 645 ss. Sull'impostazione seguita dal progetto di codice, C. CALLIESS, *Integrierte Vorhabengenehmigung und Rechtsschutz im aktuellen Entwurf des UGB I*, cit., p. 346. Sulla tradizionale impostazione delle problematiche relative al potere amministrativo vincolato e alla discrezionalità amministrativa, per un primo inquadramento, S. DETTERBECK, *Allgemeines Verwaltungsrecht - mit Verwaltungsprozessrecht*, München, Beck, 2007, V ed. In particolare, la dogmatica tedesca classica distingue, in astratto, fra *Beurteilungsspielraum*, il margine di valutazione che presiede all'opera interpretativa delle norme e alla sussunzione dei fatti, e si colloca perciò sul piano della fattispecie, e, invece, la discrezionalità amministrativa, *Ermessen*, che si colloca sul piano degli effetti, nel senso di libertà di scelta tra più opzioni di azione amministrativa in vista della cura concreta di un interesse pubblico, (tenendo conto degli interessi pubblici secondari, degli interessi privati concorrenti, etc.), si parla anche di discrezionalità dal lato dell'effetto giuridico (*Rechtsfolgeseite*) perché questo potere implica la scelta di una regola concreta di comportamento, appunto un effetto giuridico. Nella letteratura italiana sul profilo relativo a questa distinzione è sempre attuale il saggio di P. LAZZARA, *Scelte amministrative e sindacato giurisdizionale in Germania*, in *Dir. amm.*, 1996, p. 301 ss. Sul potere amministrativo nel diritto ambientale, e sulla caratteristica legislazione per obiettivi, G. MORBIDELLI, *Il regime amministrativo speciale dell'ambiente*, in *Scritti in onore di Alberto Predieri*, vol. II, Milano, Giuffrè, 1996, p. 1121 ss., *ID.*, *Profili giurisdizionali e giustiziali nella tutela amministrativa dell'ambiente*, in *Ambiente e diritto*, a cura di S. GRASSI, M. CECCHETTI, A. ANDRONIO, Firenze, Olschki, 1998, p. 307 ss., con particolare riferimento al principio di legalità e al potere regolamentare "per obiettivi", *ID.*, *Il potere regolamentare di ISVAP dopo il codice delle assicurazioni*, nonché *Il principio di legalità e i c.d. poteri impliciti*, in questa *Rivista*, 30 ottobre 2007, in sintonia con C. CALLIESS, *Integrierte Vorhabengenehmigung und Rechtsschutz im aktuellen Entwurf des UGB I*, in *ZUR*, 2008, p. 343 ss., anche per la considerazione della nuova luce offerta dagli istituti partecipativi e cooperativi nella complessiva valutazione della disciplina del potere amministrativo.

lacuna, come si ipotizza ad esempio attraverso l'elaborazione di un libro dedicato agli strumenti indiretti di tutela dell'ambiente <sup>196</sup>.

Per completare il quadro, occorre poi ricordare che la riunificazione del diritto ambientale in un codice unitario è stata accolta con favore nel corso delle audizioni svoltesi nel giugno 2008, anche dall'*Öko-Institut*, dal *Deutsche Umwelthilfe* e dal *Unabhängig Institut für Umweltfragen*, sebbene essi sollecitino diversi perfezionamenti nel suo contenuto, e un innalzamento del livello di tutela <sup>197</sup>.

Nella letteratura tedesca, infine, di fronte all'esame del libro primo del codice persiste ancora qualche isolata voce critica sull'opportunità stessa della codificazione del diritto ambientale <sup>198</sup>.

## 21. La codificazione del diritto ambientale speciale: rilievi generali.

Nei prossimi paragrafi si procederà ad una ricognizione degli ambiti normativi già predisposti per essere inclusi nella parte speciale del codice, soltanto al fine di completare la conoscenza della concezione fondamentale di questa codificazione.

Maggiore spazio sarà dedicato, tuttavia, al libro relativo alla disciplina delle energie rinnovabili, le cui vicende sono esemplari di alcune fondamentali questioni delle esigenze normative del diritto ambientale e della sua razionalizzazione.

Prima di procedere è opportuno qualche rilievo generale sull'impostazione seguita per l'elaborazione della parte speciale del progetto di codice.

Una prima caratteristica attiene all'aspirazione a raccogliere tutta la legislazione ambientale fino a dove essa possiede autonomia di settore giuridico, ma come anticipato, il Governo federale ha scelto di segmentare il processo di codificazione secondo la tecnica della *abschnittsweise Kodifizierung*, e di completare successivamente l'opera di codificazione. Se per i tradizionali ambiti del diritto ambientale – ad esempio la tutela delle acque e, la protezione della natura – l'inclusione nel codice è scontata, per altri settori, invece, essa risente fortemente di opzioni politiche in parte ancora controverse. Esempio è al riguardo la decisione di separare il procedimento legislativo per l'approvazione del sesto libro del codice, dedicato alla disciplina delle energie rinnovabili, dal procedimento legislativo per l'approvazione dei primi cinque libri <sup>199</sup>.

Nel merito, una caratteristica della disciplina speciale riguarda il criterio generale prescelto per l'armonizzazione legislativa. In particolare, si è inteso procedere con il principio dell'uniformità della disciplina speciale rispetto a quella generale contenuta nel primo libro, nel senso che una disciplina speciale è stabilita tendenzialmente soltanto dove essa è necessaria in relazione alle peculiari esigenze profilate dal bene ambientale che di volta in volta, ne è oggetto <sup>200</sup>.

Infine, la parte speciale si caratterizza per un opportuno rinvio alla disciplina che, impropriamente, può dirsi regolamentare, (ma più precisamente si tratta di una specifica fonte governativa, la *Rechtsverordnung*), dei profili che non attengono a scelte fondamentali di principio, i quali, invece, richiedono il ricorso alla legge.

Un'ulteriore scelta che frequentemente nel codice caratterizza il rinvio a *Rechtsverordnungen* governative è la sottoposizione di questa normativa del Governo federale alla *Zustimmung*, cioè all'approvazione, del *Bundesrat*, la camera rappresentativa degli interessi dei *Länder*. Si tratta, (come sarà più chiaro dopo l'esame del potere di *Zustimmung* nella parte

<sup>196</sup> Sul punto, M. KLOEPFER, *Umweltschutzrecht*, cit., p. 144 ss.

<sup>197</sup> Si veda l'articolato documento presentato da *Öko-Institut*, *Deutsche Umwelthilfe* e *Unabhängig Institut für Umweltfragen*, nel corso delle audizioni tenutesi nel giugno 2008, reperibile all'indirizzo [www.umweltgesetzbuch.org](http://www.umweltgesetzbuch.org).

<sup>198</sup> Cfr. G. WINTER, *Das Umweltgesetzbuch – Überblick und Bewertung*, in *ZUR*, 2008, p. 337 ss., che si dice favorevole ad una legge generale accompagnata da una legislazione "satellite" per la disciplina speciale.

<sup>199</sup> Sulle specifiche questioni poste dalla codificazione del diritto ambientale speciale, con particolare riferimento al settore energetico e all'ipotesi di un'uscita della Germania dal nucleare, già nel 1992, H.J. PAPIER, *Entwurf eines Umweltgesetzbuches – Vom Allgemeinen zum Besonderen Teil*, cit.

<sup>200</sup> Cfr. motivazione del *Referentenentwurf UGB II*, reperibile sul sito [www.bmu.de](http://www.bmu.de), p. 3 ss.

dedicata all'assetto delle competenze), di uno strumento che offre una opportuna sede di composizione dei (talora) contrastanti interessi unitari e interessi alla differenziazione inerenti agli ambiti normativi dove esiste un intreccio difficilmente separabile fra scelte tecniche e valutazioni politiche.

### **22. *Umweltgesetzbuch II- Wasserwirtschaft* - (Il governo delle acque): cenni.**

Il secondo libro del codice contiene la disciplina speciale relativa al governo delle acque.

Esso consta di sei capitoli: disposizioni generali, (I); gestione delle acque, (II); disposizioni speciali relative al governo delle acque, (III); indennizzo (IV); vigilanza sulle acque, (V); sanzioni pecuniarie e disposizioni transitorie, (VI).

In questo ambito del diritto ambientale, dopo che la revisione costituzionale del 2006 ha introdotto una nuova tipologia di competenza in parte ispirata, come vedremo in seguito, al criterio della "doppia titolarità", la Federazione possiede una piena competenza legislativa, salva la possibilità per i *Länder* di dettare una disciplina differenziata limitatamente alla disciplina dei profili che non attengono alle sostanze e agli impianti, dove, invece, la competenza legislativa della Federazione è oltre che piena, anche esclusiva (art. 72, III comma, n. 5).

Sulla base del nuovo titolo di competenza federale il codice rielabora ampiamente la disciplina previgente, particolarmente frammentata, in parte, perché la Federazione possedeva in precedenza soltanto una competenza cornice, in parte, per la stratificazione nel tempo di normative fra loro non coordinate<sup>201</sup>.

Gli obiettivi di semplificazione normativa sono conseguiti soprattutto attraverso una più chiara formulazione della disciplina, con l'estensione del catalogo di definizioni legislative dei concetti chiave, e con il rinvio alla fonte regolamentare per la disciplina di dettaglio. Scelta, quest'ultima resa possibile dall'esistenza di un'estesa regolazione comunitaria in materia.

Sul piano amministrativo la nuova disciplina semplifica notevolmente il precedente complesso di autorizzazioni per l'impiego di acque, sostituendolo con l'autorizzazione integrata, ovvero, per le attività che non ricadono nell'ambito di applicazione di quest'ultima, con una nuova tipologia autorizzatoria disciplinata dai §§ 8 ss. *UGB II*.

In particolare, secondo il § 8, l'impiego di acque necessita di *Erlaubnis*, permesso, nella misura in cui ai sensi del codice ambientale, o sulla base del medesimo codice, non sia stabilito che non è necessario alcun permesso, ovvero che è necessaria l'autorizzazione integrata ai sensi del capitolo 2 *UGB I*.

Il § 16 prevede un'ampia legittimazione del Governo federale ad emanare *Rechtsverordnungen*, sentite le cerchie interessate, con l'approvazione del *Bundesrat*, per l'ulteriore disciplina del settore e per l'attuazione del diritto comunitario in materia.

### **23. *Umweltgesetzbuch III – Naturschutz und Landschaftspflege* (Tutela della natura e cura del paesaggio): cenni.**

Il terzo libro del codice, *UGB III*, ha per oggetto la tutela della natura e la cura del paesaggio<sup>202</sup>.

Esso consta di undici sezioni: disposizioni generali, (I); pianificazione del paesaggio (II); tutela generale della natura e del paesaggio, (III); protezione di determinate parti della natura e del paesaggio, (IV); protezione degli animali selvatici, delle specie di piante, dei loro *habitat*, dei biotopi, (V); protezione della natura marina, (VI): *relax* nella natura e nel paesaggio (VII);

<sup>201</sup> Sulla disciplina in materia di governo delle acque nell'ordinamento tedesco, M. KOTULLA, *Wasserhaushaltsgesetz zwischen Hochwasserschutz, Strategischer Umwelprüfung und Förderalismusreform*, Kohlhammer, 2007.

<sup>202</sup> Per un inquadramento generale della disciplina della protezione della natura nell'ordinamento tedesco, M. KLOEPFER, *Umweltrecht*, cit., p. 818 ss.

cooperazione delle associazioni riconosciute per la protezione della natura, (VIII); vincoli della proprietà, (IX); sanzioni pecuniarie e penali, (X); norme transitorie, entrata in vigore, (XI).

Con la riforma del federalismo del 2006, si è dischiusa per la prima volta la possibilità per la Federazione di varare una regolazione autonoma e completa della tutela della natura, mentre in precedenza la Federazione disponeva solo di una competenza legislativa cornice, che richiedeva l'adozione di discipline complementari da parte dei *Länder*.

Sulla base del titolo di competenza legislativa cornice, prevista dall'art. 75, comma 1, n. 2 GG, la legge federale di tutela della natura del 1976 aveva introdotto norme dirette ad un'ampia protezione della natura e del paesaggio, sia negli ambiti territoriali popolati che non popolati, e aveva previsto strumenti pianificatori intesi ad una protezione precauzionale della natura<sup>203</sup>.

Dopo alcune modifiche intervenute negli anni Ottanta e Novanta, questo atto legislativo è stato completamente sostituito dalla legge 3 aprile 2002 *Neuregelung des Rechts des Naturschutzes und der Landschaftspflege*, (*BNatSchGNeuregG*)<sup>204</sup>, recante la nuova disciplina della materia.

Sulla base del nuovo titolo di competenza il codice intende sostituire la previgente disciplina cornice della Federazione attraverso norme "piene", semplificare e unificare la normativa della tutela della natura con lo scopo di migliorarne la comprensibilità e la attuazione, indicare in modo espresso i principi generali di questa materia, attuare norme dell'Unione europea vincolanti attraverso prescrizioni unitarie a livello federale, trasfondere nel diritto federale settori finora disciplinati da parte dei *Länder*, qualora sussista un bisogno di regolazione unitaria federale, inserire il nuovo diritto di tutela della natura nel sistema di regolazione globale del codice.

L'obiettivo normativo fondamentale del terzo libro è di assicurare i fondamenti naturali della vita, inclusa la varietà biologica, anche per le generazioni future, (cfr. § 1 *UGB III*).

Nei suoi elementi centrali l'opera legislativa si orienta alla struttura e alle disciplina della legge già ricordata legge sulla protezione della natura del 2002, *BNatSchGNeuregG*.

Come anticipato, il terzo libro del codice si suddivide in undici sezioni.

Attraverso le disposizioni generali si ha subito un'idea chiara dell'impostazione di questo libro del codice, conviene pertanto procedere ad una rapida rassegna delle più significative.

Il § 1 determina in modo estremamente dettagliato lo scopo della disciplina relativa alla tutela della natura e alla cura del paesaggio.

Esso abbraccia i tre campi principali di attività, cioè la biodiversità, la capacità di funzionamento e di prestazione dell'ecosistema, nonché la varietà, la peculiarità, la bellezza e il valore ricreativo della natura e del paesaggio, e chiarisce che il concetto di "tutela" o "protezione", come anche il concetto di "conservazione", comprendono anche la cura, lo sviluppo e, nella misura in cui ciò è necessario, anche il ripristino della natura e del paesaggio.

Il § 2 riunisce essenzialmente le norme già presenti nel diritto vigente, che si ricollegano all'attuazione degli scopi e dei principi della tutela della natura e della cura del paesaggio. Come l'attuale § 4 della legge del 2002, il § 2 del progetto di codice contiene un invito indirizzato a tutti i cittadini a contribuire, secondo le loro possibilità, all'attuazione degli scopi della tutela della natura e della cura del paesaggio.

Il § 3 contiene una norma, concepita come clausola generale, attributiva di un potere discrezionale all'amministrazione, *Ermessen*, finalizzato all'adozione delle misure necessarie nel caso singolo, per garantire l'osservanza delle disposizioni del libro terzo del codice, salvo che dal medesimo codice non sia diversamente stabilito.

Il § 3, secondo comma, con una *Soll-Vorschrift*<sup>205</sup> prescrive all'amministrazione l'obbligo di verificare innanzitutto, in quale misura i provvedimenti di tutela e della cura del paesaggio possano essere convenientemente realizzati attraverso accordi contrattuali.

<sup>203</sup> Per un inquadramento si veda la motivazione del *Referentenentwurf UGB III*, reperibile sul sito del Ministero federale dell'ambiente.

<sup>204</sup> La legge *BNatSchGNeuregG*, del 3 aprile 2002, è pubblicata nel *BGBl*, I, 1193, ed è stata da ultimo modificata dalla *Ersten Gesetz zur Änderung des Bundesnaturschutzgesetzes*, del 18 dicembre 2007, in *BGBl*, I, 2873.

Il terzo comma della medesima disposizione formula per gli uffici federali e dei *Länder* competenti in materia di tutela della natura e cura del paesaggio, un obbligo generale di informazione e di dare un'occasione di esprimere il proprio parere in relazione ai piani pubblici e ai provvedimenti che possono interessare la tutela della natura e la cura del paesaggio, già al momento della loro preparazione, salvo che sia prevista una più ampia forma di partecipazione. Il medesimo obbligo vale per l'ipotesi in cui tali piani o provvedimenti interessino la sfera di competenza di altri uffici.

Il § 3, quarto comma, con una *Soll-Vorschrift*, pone a carico degli uffici competenti in materia di tutela della natura e cura del paesaggio, un obbligo generale di assicurare un tempestivo scambio di informazioni con i soggetti colpiti dai loro piani o programmi, e con il pubblico interessato.

Il § 5 disciplina i requisiti posti alla gestione del paesaggio, delle foreste e della pesca secondo un alto livello di tutela.

Il § 6 disciplina il monitoraggio della natura e del paesaggio come principio generale vincolante per la Federazione e per i *Länder*.

Il §7 contiene le definizioni legali dei concetti fondamentali nella disciplina della tutela della natura e alla protezione della specie.

#### **24. *Umweltgesetzbuch IV- Nichtionisierende Strahlung (Radiazioni non ionizzanti): cenni.***

Il libro quarto del codice ha per oggetto la disciplina per la tutela contro le radiazioni non ionizzanti, fino a oggi stabilita in modo lacunoso dalla disciplina federale sulle immissioni, concepita quest'ultima in una prospettiva di tutela del vicinato e della generalità<sup>206</sup>. La disciplina del codice è orientata, invece, anche secondo le esigenze di tutela degli utilizzatori di apparecchi che emettono queste radiazioni e che non siano già prese in considerazione dal diritto europeo relativo alla sicurezza dei prodotti.

Si tratta essenzialmente dei settori della telefonia mobile e dei raggi ultravioletti artificiali, dove sono stabilite regole rigorose a tutela della salute.

Così, ad esempio, l'impiego di apparecchi abbronzanti a raggi ultravioletti è vietato ai minori di diciotto anni.

Il libro IV consta di sei capitoli: disposizioni generali, (I); tutela contro le modificazioni ambientali dannose prodotte attraverso le radiazioni non ionizzanti, (II); tutela contro gli effetti dannosi derivanti dall'applicazione all'uomo delle radiazioni ionizzanti, (III); tutela contro gli effetti dannosi derivanti dal loro impiego in campo medico, (IV); disposizioni comuni, (V); disposizioni finali, (VI).

#### **25. *Umweltgesetzbuch V - Handel mit Berechtigungen zur Emission von Treibhausgasen – Emissionshandel (Commercio di quote per l'emissione di gas serra – Commercio di emissioni): cenni.***

Il libro V riproduce il contenuto della legge che stabilisce il quadro giuridico del sistema di commercio di emissioni di gas serra, *Gesetz über den Handel mit Berechtigungen zur Emission von Treibhausgasen (Treibhausgas-Emissionshandelsgesetz - TEHG)*<sup>207</sup>, nella versione vigente<sup>208</sup>, salvo alcune modifiche per l'armonizzazione con il sistema previsto dal codice.

<sup>205</sup> Come in precedenza evidenziato, la *Soll-Vorschrift* indica una disposizione che non lascia un ambito di scelta discrezionale nella sua applicazione, salvo che ricorrano circostanze atipiche che, invece, consentono una deviazione dalla regola e riaccendono allora la discrezionalità.

<sup>206</sup> Si tratta del tipico ambito di tutela precauzionale, per un inquadramento, M. KLOEPFER, *Umweltrecht*, cit., p. 557 ss.

<sup>207</sup> La legge *Gesetz über den Handel mit Berechtigungen zur Emission von Treibhausgasen*, 8 luglio 2004, in *BGBI* 2004, 1578, è stata modificata con legge 21 dicembre 2007, in *BGBI* 2007, 3089.

<sup>208</sup> Sul tema, S. KOBES, *Emissionshandel 2008-2012*, in *NVwZ* 2007, p. 857 ss.

L'inserimento nel codice di questa disciplina è giustificato dalla sua importanza per la tutela del clima, che costituisce un obiettivo fondamentale del moderno diritto ambientale.

Nel codice, invece, non sarà inserita la legge relativa al piano nazionale di ripartizione delle quote di emissione nei successivi periodi, proprio per questo suo carattere periodico.

Il libro sesto consta di sei capitoli: disposizioni generali, (I); autorizzazione delle emissioni e sorveglianza, (II); quote e ripartizione, (III); commercio di quote; sanzioni, (V); disposizioni comuni, (VI).

**26. Il c.d. “Atomausstieg”, (abbandono dell’energia nucleare), l’elaborazione di un *Umweltgesetzbuch VI - Recht der Erneuerbaren Energien* (libro sesto, disciplina delle energie rinnovabili), e il suo successivo scorporo dalla prima fase della *abschnittsweise Kodifizierung*.**

Del progetto di codice ambientale presentato dal Ministero federale dell’Ambiente nel novembre 2007 faceva parte un sesto libro, *UGB VI, Erneuerbare Energien*<sup>209</sup>. Esso non compare più nella versione modificata del medesimo progetto, risalente al 20 maggio 2008, ancora soggetta, come anticipato, all’approvazione del Governo, e oggetto dell’audizione delle associazioni e degli organi rappresentativi dei *Länder* e dei Comuni nel giugno 2008.

Già nel discorso tenuto dal Segretario di Stato Astrid Klug, presso la *Katholische Akademie* di Berlino, in occasione della anticipazione del progetto ministeriale di codice nella versione risalente al 2007, si profilava l’eventualità di uno scorporo di questo ambito normativo dal procedimento parlamentare per l’approvazione dei primi cinque libri del codice, sebbene la disciplina delle energie rinnovabili fosse considerata materia appartenente al codice<sup>210</sup>.

Per cercare di capire il significato del previsto scorporo di questo libro dalla versione del progetto del 2007, nella versione emendata presentata nel maggio 2008, è opportuno esaminare le ragioni della iniziale inclusione del libro sesto nel primo segmento di codificazione del diritto ambientale, e delineare un sintetico quadro della più recente evoluzione della disciplina nel settore energetico, con particolare riferimento alle energie rinnovabili. Occorre poi accennare alla disciplina legislativa che sancisce la scelta della Germania di abbandonare il nucleare, il c.d. *Atomausstieg*.

Il sesto libro del codice ambientale dedicato alla disciplina delle energie rinnovabili si fonda sul precetto dell’approvvigionamento energetico sostenibile, attraverso un impiego efficiente delle energie e l’uso di energie rinnovabili, nonché sul precetto di minimizzazione delle emissioni di gas serra, secondo quanto previsto dal § 1 del codice, anche nella sua ultima versione del maggio 2008.

Si tratta di principi che concretizzano il compito costituzionale di protezione dei fondamenti naturali della vita (art. 20a *GG*), che impone di tenere conto delle esigenze di approvvigionamento energetico delle generazioni future.

La medesima scelta si armonizza con il concetto giuridico di ambiente tutelato dal progettato codice, che comprende espressamente il clima, (§ 4 *UGB I*), per il quale le energie rinnovabili non producono di regola effetti dannosi, a differenza dell’energia fossile.

L’inclusione della disciplina delle energie rinnovabili nel codice sancirebbe, inoltre, il contributo decisivo dato dalla politica energetica all’indirizzo ecologico dello sviluppo industriale a partire dalla riforma fiscale ecologica<sup>211</sup>.

<sup>209</sup> Sul punto, P. SCHÜTTE, *Aktuelle Entwicklungen im Bundesumweltrecht*, in *ZUR*, 2008, p. 158 ss.

<sup>210</sup> A. KLUG, *Das neue Umweltgesetzbuch*, 29 ottobre 2007, reperibile sul sito [www.bmu.de](http://www.bmu.de), in particolare punto IX.

<sup>211</sup> Sulla riforma fiscale ecologica, M. KLOEPFER, *Umweltrecht*, cit., p. 1446 ss., nonché i documenti pubblicati sul sito [www.bmu.de](http://www.bmu.de).

La riforma fiscale ecologica è stata realizzata attraverso le seguenti leggi:

-*Gesetz zum Einstieg in die ökologische Steuerreform*, (Legge sull’ingresso nella riforma fiscale ecologica) del 24.3.1999 in *BGBI I*, 1999, 378, modificata dall’art. 2 della legge 18.12.2006, in *BGBI I*, 3180. La legge è spesso citata con riferimento alla rubrica del suo art. 1: *Stromsteuergesetz (StromStG)*, (Legge sulla tassazione dell’energia elettrica).

La Germania, con l'approvazione della *Gesetz für den Vorrang Erneuerbarer Energien (Erneuerbare-Energien-Gesetz-EEG)* <sup>212</sup>, ha intrapreso con decisione una politica energetica incentrata sull'obiettivo di rendere competitiva sul mercato la produzione di energia rinnovabile, in modo che in futuro essa potrà essere prodotta senza che siano più necessarie le misure di sostegno finanziario oggi previste.

Fra l'alternativa di colpire con l'imposizione fiscale in modo più pesante le energie convenzionali, o privilegiare le energie rinnovabili, l'ordinamento tedesco valorizza attraverso la legge sulle energie rinnovabili quest'ultima alternativa.

La legge si affida ai privati per lo sviluppo delle energie rinnovabili, offrendo loro possibilità di pianificazione e garanzie di sicurezza degli investimenti in questo settore.

Punti chiave della legge per garantire la sicurezza degli investitori privati sono: il dovere del gestore della rete di elettricità di dare prevalenza nell'allacciamento agli impianti che la producono da energia rinnovabile, rispetto a quelli che la producono da fonti convenzionali; l'obbligo di dare prevalenza nell'acquisto e nella trasmissione, all'elettricità prodotta da impianti di energia rinnovabile; l'obbligo di attribuire all'energia elettrica prodotta da impianti a energia rinnovabile un prezzo minimo determinato dalla legge e orientato ai costi, ciò per un periodo che di regola è fissato per venti anni.

Questa disciplina ha conseguito risultati straordinariamente soddisfacenti<sup>213</sup>.

Il 5 dicembre 2007 il Governo ha presentato un disegno di legge per l'approvazione della disciplina che avrebbe dovuto costituire il libro VI del codice, e che intende migliorare alcuni aspetti della legge sulle energie rinnovabili del 2004

-*Gesetz zur Fortführung der ökologischen Steuerreform*, (Legge per la continuazione della riforma fiscale ecologica) del 16.12.1999 in *BGBI* 1999, 2432, il cui art. 1 si intitola *Änderung des Mineralölsteuergesetzes*, (modifica della legge sulla tassazione degli oli minerali).

-*Gesetz zur Fortentwicklung der ökologischen Steuerreform*, (Legge sul perfezionamento della riforma fiscale ecologica), del 23 dicembre 2002, in *BGBI* I, 4602,

*Energiesteuergesetz*, (*EnergieStG*), del 15.7.2006, in *BGBI* I, 1534, modificata dall'art. 1 della legge 18.12.2006, in *BGBI*, I, 3180.

-*Gesetz zur Einführung einer Biokraftstoffquote durch Änderung des Bundes-Immissionsschutzgesetzes und zur Änderung energie- und stromsteuerrechtlicher Vorschriften (BioKraftQuG)*, (Legge per l'introduzione di una quota di bio-combustibili attraverso la modificazione della legge federale sulla tutela dalle immissioni, della legge sulla tassazione dell'energia e della legge sulla tassazione della energia elettrica), del 18.12.2006, in *BGBI* 21.12.2006.

In particolare, la riforma ha fatto leva su due fattori: il fattore energia e il fattore lavoro. Attraverso il collegamento fra essi ha perseguito due obiettivi:

1) ridurre il consumo di energia e di emissione di gas serra, con conseguente notevole miglioramento dell'efficienza nella gestione delle risorse a vantaggio dello sviluppo sostenibile;

2) creare e mantenere nuovi posti di lavoro ed emersione del lavoro nero.

La riforma ha aumentato la tassazione sul consumo ambientale, considerata troppo esigua, specialmente se paragonata ad altri fattori oggetto di tassazione. Attraverso le maggiori entrate così realizzate, è stato possibile ridurre la tassazione di altri fattori, segnatamente del fattore lavoro. Quest'ultimo ha registrato nel corso del tempo un consistente aumento, dal 50% circa nel 1970, al 67% circa nel 1998. I fattori consumo di energia e impiego della natura, invece, sono passati dal 7% al 5%.

L'aumento della tassazione del consumo di energia inquinante ha sollecitato sul piano economico l'esigenza di risparmiarne l'impiego.

Siccome le misure per risparmiare energia inquinante e per intensificare lo sfruttamento di energia rinnovabile richiedono intense attività lavorative per la realizzazione delle nuove tecnologie, la riforma della tassazione ecologica ha prodotto anche una riduzione della disoccupazione. Effetto quest'ultimo, a sua volta incentivato dalla riduzione del costo del lavoro.

Ulteriormente, la produzione di energia in Germania ha ridotto l'importazione di energia e, dunque, ha conservato liquidità al fine di ulteriori investimenti nel Paese.

Di qui, lo slogan "occupati i lavoratori, disoccupati i kw/h".

<sup>212</sup> *Gesetz für den Vorrang Erneuerbarer Energien (Erneuerbare-Energien-Gesetz-EEG)*, del 21-7-2004, in *BGBI* I, 1918, da ultimo modificata il 7-11-2006, in *BGBI* 2006, I, 2550.

<sup>213</sup> Sul punto si veda da ultimo il comunicato stampa del Ministero federale dell'Ambiente n. 166/2008.

Il 25 ottobre 2008 la nuova legge è stata approvata. La *Gesetz für den Vorrang Erneuerbarer Energien (Erneuerbare-Energien-Gesetz-EEG)*, legge per la prevalenza delle energie rinnovabili perfeziona la precedente disciplina, introducendo alcune modifiche che non ne alterano la struttura<sup>214</sup>. Ulteriori modificazioni sono state apportate nel marzo 2009.

Innanzitutto è riformulato lo scopo della *EEG*.

Secondo il § 1 nella nuova versione, scopo della legge, in particolare nell'interesse della tutela del clima e dell'ambiente, è rendere possibile uno sviluppo sostenibile dell'approvvigionamento di energia, diminuire i costi economici dell'approvvigionamento di energia anche per mezzo del coinvolgimento di effetti esterni di lunga durata, risparmiare le risorse di energia fossile, e incentivare l'ulteriore sviluppo di tecnologie dirette alla creazione di energia elettrica da energie rinnovabili.

Per raggiungere lo scopo del comma primo, questa legge persegue l'obiettivo di aumentare la quota di energie rinnovabili per l'approvvigionamento di energia elettrica, entro il 2020 perlomeno al 30%, e, successivamente, di aumentarla ulteriormente, in continuazione.

Sono poi previsti interventi mirati a migliorare l'efficienza della produzione nei diversi settori relativi all'energia rinnovabile.

Così, ad esempio, in certi settori il corrispettivo previsto dalla legge viene commisurato a criteri di compatibilità ecologica nella produzione di energia rinnovabile.

L'idea di codificare la legislazione sulle energie rinnovabili è pienamente coerente con un'altra fondamentale scelta già intrapresa dalla Germania.

Si tratta della decisione di abbandonare l'impiego dell'energia nucleare per la produzione industriale di energia elettrica, il c.d. *Atomausstieg*.

Orientamento quest'ultimo, ribadito nella motivazione del progetto di codice anche nell'ultima versione del 20 maggio 2008, dove si precisa che tale settore non farà parte del codice, ma sarà regolato per un periodo di tempo soltanto transitorio, dalla corrispondente disciplina speciale<sup>215</sup>.

A tale proposito conviene ricordare che la Legge sull'impiego pacifico dell'energia nucleare e per la tutela dai suoi pericoli, *Gesetz über die friedliche Verwendung der Kernenergie und den Schutz gegen ihre Gefahren (Atomgesetz, AtG)*<sup>216</sup>, nel 2002 è stata oggetto di decisive modificazioni attraverso la *Gesetz zur geordneten Beendigung der Kernenergienutzung zur gewerblichen Erzeugung von Elektrizität*<sup>217</sup>, legge per la ordinata cessazione dell'impiego di energia atomica per la produzione commerciale di elettricità, disciplina che intende sancire l'inizio della fine della produzione dell'energia nucleare in Germania<sup>218</sup>.

La novella del 2002 alla *Atomgesetz* traduce in legge il contenuto del c.d. *Atomkonsens*, un accordo (informale) sull'impiego dell'energia nucleare intercorso nel giugno 2001 fra il Governo federale tedesco e le quattro maggiori imprese produttrici di energia atomica.

Si tratta di un accordo denominato in dottrina "Costrizione volontaria", *freiwilliger Zwang*, perché rappresenta una soluzione di compromesso per risolvere lo scontro determinato dalla "minaccia" del Governo alle imprese di procedere unilateralmente, in via legislativa, al perseguimento dell'obiettivo di abbandonare la produzione di energia nucleare, e la corrispondente

<sup>214</sup> Cfr. la motivazione che accompagna il relativo disegno di legge *Gesetz zur Neueregung des Rechts der Erneuerbaren Energien im Strombereich und zur Änderung damit zusammenhängender Vorschriften*, (*Erneuerbare-Energie-Gesetz, EEG*), www.bmu.de.

<sup>215</sup> Cfr. la motivazione del *Referentenentwurf*, cit., p. 22.

<sup>216</sup> Si tratta della legge del 23 dicembre 1959, successivamente modificata e pubblicata nella versione del 15 luglio 1985 in *BGBI*, I, 1565, da ultimo modificata attraverso l'art. 4 della legge del 26 febbraio 2008, in *BGBI*, I, 215.

<sup>217</sup> *Gesetz zur geordneten Beendigung der Kernenergienutzung zur gewerblichen Erzeugung von Elektrizität*, del 22 aprile 2002, in *BGBI*, I, 1351.

<sup>218</sup> Sul c.d. *Atomausstieg*, M. KLOEPFER, *Rechtsfragen zur geordneten Beendigung gewerblicher Kernenergienutzung in Deutschland – Umkehrbarkeit und Strommengenübertragungen beim Atomausstieg*, in *DVB*, 2007, p. 1189 ss.

“minaccia” di azioni per risarcimenti miliardari da parte delle imprese nei confronti del Governo, fondate sulla circostanza che per la autorizzazione degli impianti nucleari non era previsto in origine un termine, con conseguenti aspettative di tutela del legittimo affidamento, che come vedremo<sup>219</sup>, riceve in Germania una significativa protezione.

La legge “patteggiata” sulla base di questo accordo muta radicalmente lo scopo originario della *Atomgesetz*: non si tratta più, come prima del 2002, di promuovere l’impiego dell’energia atomica.

Scopo della *Atomgesetz* nella versione oggi vigente, ai sensi del suo § 1, è di porre fine in modo ordinato all’impiego dell’energia atomica per la produzione industriale di energia elettrica, e di assicurare la gestione ordinata delle imprese destinate a questa produzione fino al momento della loro chiusura.

Contestualmente la *Atomgesetz* dispone il divieto di autorizzare la costruzione e gestione di nuovi impianti nucleari per la produzione industriale di energia elettrica, (§ 7, primo comma, secondo periodo), e limita le autorizzazioni già rilasciate. Infatti, per ogni impianto è stabilita la quantità di elettricità che può essere prodotta, (§ 7, primo comma, a-d), conformemente a quanto “pattuito” nell’accordo del 2001. Raggiunta tale quota di produzione, l’impianto deve essere chiuso.

Le recenti richieste di un prolungamento del funzionamento di centrali per la produzione di energia atomica, in senso contrario a quanto previsto dalla vigente *Atomgesetz*, che gli imprenditori interessati cercano di sollecitare attraverso l’opportunità di una revisione degli accordi pattuiti, e della corrispondente disciplina, in considerazione delle mutate circostanze che hanno visto crescere notevolmente il prezzo del petrolio, sono state respinte dal Ministro federale dell’ambiente, così come l’idea di una nuova disciplina per l’impiego dell’energia nucleare, ipotizzata dal *Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie*, (Ministero federale dell’economia e della tecnologia)<sup>220</sup>.

Il dibattito sul nucleare, peraltro, ha trovato una nuova attenzione nel dibattito politico<sup>221</sup>.

Tenuto conto del complesso quadro appena delineato, e, soprattutto dell’approvazione ad opera del *Bundestag* di una nuova versione della legge sulle energie rinnovabili, la scelta di separare il libro sesto dal procedimento legislativo per l’approvazione del primo segmento di codice non può dirsi, al momento, che sia frutto di un’inversione di tendenza della politica energetica intrapresa dalla Germania nel settore delle energie rinnovabili. Si tratta, piuttosto, di una scelta prudentiale, che tiene conto degli ostacoli politici che in una democrazia parlamentare possono frapporsi alla codificazione.

Sebbene la politica energetica nel settore delle energie rinnovabili raccolga un vasto consenso nelle forze politiche, e nonostante sia stata intrapresa una chiara direzione con la scelta di abbandonare l’energia nucleare per la produzione di energia elettrica, l’approvazione del libro dedicato alle energie rinnovabili si presta ad essere occasione di manovre politiche che potrebbero “prendere in ostaggio” i primi cinque libri e metterne in pericolo l’approvazione.

La tecnica della *abschnittsweise Kodifizierung* consente, allora, di rinviare senza inconvenienti questa scelta, come altre questioni relative ai settori speciali del diritto ambientale, per i quali la difficoltà della codificazione non risiede nella costruzione di una sistematica chiara, ma in valutazioni e contemperamenti di natura politica.

<sup>219</sup> Cfr. capitolo terzo di questo contributo, paragrafo 3, in nota.

<sup>220</sup> Si vedano ad esempio, i comunicati stampa 130/08 del 12 giugno 2008, e il comunicato 54/08 del 7 aprile 2008, in [www.bmu.de](http://www.bmu.de). Sull’ipotesi di una nuova disciplina per l’impiego dell’energia nucleare, respinta dal Ministro Sigmar Gabriel, cfr. comunicato stampa del 5 agosto 2008, n. 168, reperibile all’indirizzo [www.bmu.de](http://www.bmu.de). La *AtG* è stata da ultimo modificata nel marzo 2009.

<sup>221</sup> Sul sito [www.faz.net](http://www.faz.net) è reperibile l’intervista rilasciata sul tema dal Ministro federale dell’ambiente Sigmar Gabriel al *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 12 luglio 2008.

## CAPITOLO II

### LA CODIFICAZIONE DEL DIRITTO AMBIENTALE COME OBIETTIVO DELLA RIFORMA DEL FEDERALISMO TEDESCO DEL 2006

SOMMARIO: 1. – La codificazione del diritto ambientale come obiettivo della revisione del federalismo tedesco del 2006. 2. - Gli sviluppi del federalismo tedesco e gli aspetti problematici della ripartizione costituzionale delle competenze legislative anteriore alla revisione costituzionale del 2006. 3. - La ricognizione degli interessi unitari e delle istanze di differenziazione nel diritto ambientale. 4. - L’abrogazione della *Rahmengesetzgebung* (legislazione cornice). 5. - Le tipologie di competenza legislativa dopo la riforma del federalismo. 5.1. - La *ausschließliche Gesetzgebung* (legislazione esclusiva). 5.2. - Le diverse tipologie di *konkurrierende Gesetzgebung*, le corrispondenti regole di attuazione del principio di sussidiarietà legislativa, e la codificazione come scopo regolativo unitario nella giurisprudenza del Tribunale costituzionale federale. 5.2.1. - La *konditionierte konkurrierende Gesetzgebung*. 5.2.2. - La *unkonditionierte konkurrierende Gesetzgebung* e la *Abweichungsgesetzgebung*: la doppia imputazione di una piena competenza alla Federazione e ai *Länder* nei medesimi ambiti materiali. 5.2.2. - 1. La *unkonditionierte konkurrierende Gesetzgebung*, la *Abweichungsgesetzgebung*, i correlati procedimenti di negoziazione politica, e la corrispondente riduzione del sindacato di costituzionalità. 5.2.3. - La disciplina del procedimento amministrativo nel nuovo art. 84 GG e il diritto ambientale come tipico “caso eccezionale” per “un particolare bisogno di disciplina unitaria federale”. 5.2.4. - La *abweichungsfeste Vorranggesetzgebung*. 6. - La mancanza di un titolo unitario di competenza federale per la tutela dell’ambiente e la codificazione del diritto ambientale: timori e aspettative. 7. - La disciplina costituzionale transitoria per l’approvazione del codice ambientale. 8. - Le competenze non scritte della Federazione. 9. - La disciplina del procedimento legislativo: cenni. 10. - I riflessi del nuovo ordine delle competenze sulla giurisdizione costituzionale.

#### 1. – La codificazione del diritto ambientale come obiettivo della revisione del federalismo tedesco del 2006.

La mancanza di una sufficiente competenza legislativa della Federazione per realizzare un codice incentrato sul modello regolativo della tutela integrata, che ulteriormente accentua l’intrinseca aspirazione della codificazione alla unificazione della disciplina sul territorio federale, come già anticipato, costituì alla fine degli anni Novanta un ostacolo insuperabile per l’approvazione del progetto di codice allora predisposto<sup>222</sup>.

Nel 2006 il federalismo tedesco è stato oggetto di un’importante revisione costituzionale realizzata attraverso la cinquantaduesima legge di revisione del *Grundgesetz*<sup>223</sup>. Negli accordi della *Große Koalition* che ha concepito questo ampio disegno di riforma, il nuovo assetto delle competenze legislative nei settori afferenti al diritto ambientale è stato espressamente finalizzato all’approvazione di un codice dell’ambiente fondato sul principio della tutela integrata<sup>224</sup>.

La legge di modifica del *Grundgesetz* ha previsto anche una disciplina transitoria, (valida fino al 31 dicembre 2009), per agevolare la prima fondamentale fase della codificazione, e consentire alla Federazione di procedere “indisturbata” alla redazione del codice ambientale<sup>225</sup>.

La revisione costituzionale si è perciò guadagnata l’etichetta di *Lex-UGB*<sup>226</sup>.

<sup>222</sup> Sul punto, si veda la motivazione del *Referentenentwurf*, cit., nonché le audizioni parlamentari sulla riforma del federalismo nei settori relativi al diritto ambientale, reperibili sul sito [www.bundestag.de](http://www.bundestag.de).

<sup>223</sup> *Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes (Artikel 22, 23, 33, 52, 72, 73, 74, 74a, 75, 84, 85, 87c, 91a, 91b, 93, 98, 109, 125a, 125b, 125c, 143c)*, del 28 agosto 2006, in *BGBl*, I, n. 41, 2034.

<sup>224</sup> L’accordo di coalizione, *Koalitionsvertrag*, può leggersi all’indirizzo *web*: <http://www.spd.de>, cfr. p. 109 ss. per l’indicazione degli obiettivi della riforma e p. 169 ss. per un primo articolato del progetto di riforma.

<sup>225</sup> Cfr. le dichiarazioni del ministro Sigmar Gabriel, agosto 2006 in [www.faz.de](http://www.faz.de).

Nei prossimi paragrafi si procederà all'esame del nuovo assetto delle competenze legislative che in un ordinamento di antica tradizione federale, come quello tedesco, ha inteso legittimare l'approvazione di un codice ambientale con elevate pretese di unificazione della normativa, secondo il disegno di revisione prefigurato con la concorde approvazione della Federazione e dei *Länder*, espressa, come richiesto dall'art. 79 GG, dai due terzi dei componenti del *Bundestag*, e dai due terzi dei voti del *Bundesrat*, la camera rappresentativa degli interessi dei *Länder*.

Lo studio del federalismo tedesco costituisce anche un'occasione opportuna per approfondire alcune questioni divenute, sul piano teorico, comuni al nostro ordinamento dopo il trapianto della *konkurrierende Gesetzgebung* tedesca, attraverso l'espresso ma fugace accenno contenuto nella sentenza 303/2003 della Corte costituzionale<sup>227</sup>.

Si tratta di una scelta senza la quale il nostro regionalismo riformato difficilmente sarebbe sopravvissuto. Tuttavia, il sistema delineato dalla Corte in confronto con quello autentico, presenta importanti differenze che sono all'origine di diverse difficoltà nella sua attuazione, particolarmente evidenti nel diritto ambientale.

Conviene anticipare una fondamentale diversità di impostazione fra le due esperienze giuridiche, che è opportuno tenere presente sin da subito per la valutazione dei criteri di ripartizione della competenza legislativa esaminati nei prossimi paragrafi.

La differenza colpisce l'idea stessa che ha fondato nel nostro ordinamento l'attuazione del principio di sussidiarietà legislativa: la ritenuta possibilità di desumere implicitamente dal medesimo principio le regole per la sua attuazione, trascurando così la pluralità delle scelte di politica costituzionale sottese ai diversi modelli che a tal fine, invece, sono ipotizzabili.

Proprio una maggiore attenzione alle molteplici possibilità di realizzazione della sussidiarietà legislativa caratterizza, invece, la cultura e l'esperienza tedesca.

Si tratta di un'impostazione meritevole di particolare attenzione per la sua capacità di tenere conto della (accresciuta) complessità dei rapporti fra stato centrale e autonomie legislative.

Prima di procedere all'esame della riforma del federalismo mirata alle questioni rilevanti per la codificazione del diritto ambientale, è necessario delineare anche un sintetico quadro del contesto in cui essa è intervenuta, al fine di cogliere le ragioni della revisione costituzionale nella concreta dinamica dell'ordinamento.

## **2. Gli sviluppi del federalismo tedesco e gli aspetti problematici della ripartizione costituzionale delle competenze legislative anteriore alla revisione costituzionale del 2006.**

La riforma del federalismo approvata nel 2006 si propone di rimuovere tre criticità del sistema: ridimensionare l'intreccio istituzionale fra Federazione e *Länder*, semplificando così i processi decisionali; adeguare le regole di ripartizione della competenza alle nuove esigenze della normazione; assicurare l'effettività della struttura federale nei rapporti della Germania con l'Unione europea<sup>228</sup>.

<sup>226</sup> Cfr. C. SANGENSTEDT, *Umweltgesetzbuch und Integrierte Vorhabengenehmigung Umweltgesetzbuch und Integrierte Vorhabengenehmigung*, cit.

<sup>227</sup> Corte costituzionale, 1 ottobre 2003, n. 303, punto 2.1 della motivazione, in *Giur. cost.*, 2003, con note di A. D'ATENA, *L'allocazione delle funzioni amministrative in una sentenza ortopedica della Corte costituzionale*, p. 2776 ss., di A. ANZON, *Flessibilità dell'ordine delle competenze legislative e collaborazione tra Stato e Regioni*, p. 2782 ss., di A. MOSCARINI, *Sussidiarietà e Supremacy Clause sono davvero perfettamente equivalenti?*, p. 2791 ss.; sulla medesima pronuncia A. RUGGERI, *Il parallelismo "redivivo" e la sussidiarietà legislativa (ma non regolamentare...) in una storica (e, però, solo in parte sodisfacente) pronunzia*, pubblicata in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 2003; P. CARETTI, *La Corte e la tutela delle esigenze unitarie: dall'interesse nazionale al principio di sussidiarietà*, in *Le Regioni*, 2004, 381 ss.; S. BARTOLE, *Collaborazione e sussidiarietà nel nuovo ordine regionale*, in *Le Regioni*, 2004, p. 578 ss.

<sup>228</sup> Per un'utile sintesi, W. KLUTH, *Einführung in Föderalismusreformgesetz*, a cura del medesimo Autore, Baden-Baden, Nomos, 2007, p. 43 ss., in particolare p. 47 ss.; nonché in lingua italiana i contributi di D. SCHEFOLD, *Federalismo, regionalismo e riforma del federalismo tedesco*, *Id.*, *Riflessioni di fine-anno sulla riforma del federalismo*, in [www.issirfa.cnr.it](http://www.issirfa.cnr.it), luglio 2006 e dicembre 2006; H. MEYER, *Il compromesso fra Federazione e Länder sulla riforma*

Per cogliere gli aspetti problematici che la revisione ha inteso risolvere è necessario accennare ad alcuni sviluppi impressi alla originaria struttura federale dalle precedenti revisioni costituzionali che, progressivamente, hanno modificato il carattere prevalentemente dualista del modello originario, previsto dalla Legge Fondamentale del 1949, nella direzione di un federalismo cooperativo ed esecutivo<sup>229</sup>.

Innanzitutto, si è assistito allo spostamento a vantaggio della Federazione, della competenza legislativa che, secondo l'art. 70, comma I, GG, spetta ai *Länder* nella misura in cui la Legge Fondamentale non la riserva alla Federazione medesima.

Ciò è accaduto, oltre che attraverso l'estensione delle materie attribuite alla competenza esclusiva della Federazione, disciplinata dagli artt. 70 e 73 GG (*ausschließliche Gesetzgebung*), anche attraverso l'estensione degli ambiti materiali appartenenti alla *konkurrierende Gesetzgebung*.

Quest'ultima tipologia di competenza costituisce il "prototipo" della nostra "chiamata in sussidiarietà"<sup>230</sup>. Prima della recente revisione costituzionale, la *konkurrierende Gesetzgebung* era prevista nelle materie enumerate dall'art. 74 GG soltanto in presenza delle condizioni stabilite dall'art. 72 GG. Nella sua originaria versione l'art. 72 riconosceva alla Federazione la potestà legislativa nelle materie di *konkurrierende Gesetzgebung*, "se e nella misura in cui il bisogno di adottare una disciplina legislativa federale sussiste perché 1. una situazione non può essere disciplinata in modo efficace dai singoli *Länder*, 2. la disciplina di una situazione attraverso la legge di un *Land* può danneggiare gli interessi degli altri *Länder* o dello Stato nel suo insieme, o 3. lo richiede la salvaguardia dell'unità giuridica o economica, specialmente la salvaguardia dell'unitarietà delle condizioni di vita al di fuori del territorio di un *Land*", (si trattava della c.d. "clausola di bisogno", *Bedürfnis-Klausel*)<sup>231</sup>.

Per comprendere le successive evoluzioni del sistema, occorre tenere presente che a partire da una decisione del 1953, anteriore quindi all'ampliamento del catalogo di materie di *konkurrierende Gesetzgebung*, il Tribunale costituzionale federale, (*Bundesverfassungsgericht*), aveva fortemente limitato, se non praticamente escluso, la giustiziabilità del principio di sussidiarietà come regola di esercizio della competenza legislativa. I presupposti di esercizio della potestà legislativa della Federazione stabiliti dall'art. 72 GG presentavano, infatti, un carattere talmente indeterminato da rendere il loro apprezzamento questione politica, essenzialmente rimessa, pertanto, alla discrezionalità del legislatore federale.

---

*del federalismo tedesco*, in [www.issirfa.cnr.it](http://www.issirfa.cnr.it); al medesimo indirizzo internet, sul progetto di revisione, A. GRAGNANI, *Il nuovo progetto di riforma del federalismo tedesco*, maggio 2006, sul testo definitivo, approvato con minime modifiche dal *Bundestag* il 30 giugno e dal *Bundesrat* il 7 luglio 2006, *ID.*, il contributo pubblicato in, *Il nuovo ordine delle competenze legislative e la giurisdizione costituzionale sui titoli di competenza nella riforma del federalismo tedesco*, in *I cantieri del federalismo in Europa*, Milano, Giuffrè, 2008, relativo alla ricerca sul federalismo tedesco diretta dal Prof. A. D'Atena, dicembre 2007, a questa data sono aggiornati i riferimenti bibliografici sul tema qui trattato che riproduce parzialmente e con minime variazioni quel lavoro; i contributi di R. BIFULCO, *La riforma costituzionale del federalismo tedesco del 2006*, audizione del febbraio 2007, *ID.*, *Il federalismo nel secolo XXI: un resoconto della riforma costituzionale tedesca del 2006*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2007, p. 225 ss., J. LUTHER, *La riforma del federalismo in Germania all'esame del Parlamento italiano*, audizione del febbraio 2007, in [www.issirfa.cnr.it](http://www.issirfa.cnr.it); A. ANZON DEMMIG, *Cooperazione e differenziazione nella riforma del federalismo tedesco*, audizione del febbraio 2007, in [www.issirfa.cnr.it](http://www.issirfa.cnr.it).

<sup>229</sup> Sui diversi modelli di federalismo, ovviamente mai realizzatisi in forma pura, H. BAUER, *Zustand und Perspektive des deutschen Föderalismus aus Sicht der Wissenschaft*, in *Umweltföderalismus*, a cura di M. KLOEPFER, Berlin, Duncker & Humblot, 2002, p. 31 ss.; per una efficace sintesi degli sviluppi dell'esperienza federale, F. OSSENBÜHL, *Föderalismus nach 40 Jahren Grundgesetz* in *DVBl*, 1989, p. 1230 ss.; nonché per la proposta di inquadramento del federalismo riformato con la revisione del 2006, come "federalismo sperimentale", L. MICHAEL, *Der experimentelle Bundesstaat*, in *JZ*, 2006, p. 884 ss.

<sup>230</sup> L'espressione, come noto, è corrente nella giurisprudenza costituzionale.

<sup>231</sup> Corsivo aggiunto. Sul tema, anche per ulteriori indicazioni bibliografiche, A. GRAGNANI, *Sindacato di costituzionalità e giusto equilibrio fra unità e differenziazione in uno Stato federale: in tema di giustiziabilità della <Erforderlichkeitsklausel>*, sul sito [www.issirfa.cnr.it](http://www.issirfa.cnr.it), nonché in *Rass. parl.*, 2005, p. 673 ss.

Al tempo stesso, su un diverso piano, si era creduto di poter compensare l'avvenuta perdita di competenza legislativa dei *Länder*, dovuta all'estensione degli ambiti materiali sottoposti alla *konkurrierende Gesetzgebung*, attraverso un ampliamento dei casi in cui l'approvazione di leggi federali è condizionata alla approvazione (*Zustimmung*) del *Bundesrat*, la camera rappresentativa degli interessi dei *Länder*.

Due sono stati gli effetti indesiderati prodotti dalle scelte appena ricordate.

In primo luogo, l'esercizio della *konkurrierende Gesetzgebung* da parte della Federazione, anche a causa dell'assenza di un effettivo controllo di costituzionalità sui presupposti del suo esercizio, ha determinato un vero e proprio svuotamento della competenza legislativa dei *Länder*.

In secondo luogo, la frequenza dei casi per i quali era necessaria la *Zustimmung* del *Bundesrat* ha reso talmente complicato l'intreccio istituzionale, da determinare un grave rallentamento, o perfino il blocco dei processi decisionali. Ne ha inoltre pregiudicato gravemente la coerenza e la trasparenza. E' accaduto, infatti, che il *Bundesrat*, in numerosi casi, si è avvalso del potere di *Zustimmung* riferito ad una legge allo scopo di ottenere concessioni dalla Federazione in settori estranei a quella medesima normativa. Ciò grazie anche alle "porte chiuse"<sup>232</sup> della *Vermittlungsausschuß*, la commissione prevista all'art. 77 *GG*, come luogo di mediazione sul contenuto della legge soggetta ad approvazione del *Bundesrat*<sup>233</sup>. Conseguentemente, il *Bundesrat*, assai spesso, non ha funzionato propriamente e principalmente come camera di rappresentanza degli interessi dei *Länder*, ma piuttosto come luogo di influenza dei partiti politici.

Del resto, già sul piano astratto, l'estensione dei casi di *Zustimmung* non può essere valutato come strumento idoneo a compensare la sottrazione di competenze ai parlamenti dei *Länder*, visto che il rafforzamento di tale potere gioca a favore di una camera come il *Bundesrat* composta da rappresentanti degli esecutivi dei *Länder*.

Un primo tentativo di correzione di questi sviluppi, è stata la revisione costituzionale del 1994<sup>234</sup>.

Con essa, allo scopo di rendere effettivo il sindacato di costituzionalità sui presupposti dell'esercizio della *konkurrierende Gesetzgebung*, la c.d. "clausola di necessità", (*Erforderlichkeitsklausel*)<sup>235</sup>, ha sostituito la "clausola di bisogno".

Secondo le modifiche apportate nel 1994, il testo dell'art. 72 prevede che "la Federazione ha il diritto di legiferare se, e nella misura in cui, la realizzazione di condizioni di vita equivalenti nel territorio federale o la salvaguardia dell'unità giuridica o economica nell'interesse dello Stato unitariamente considerato, renda *necessaria* l'adozione di una disciplina legislativa federale"<sup>236</sup>. Con la precisazione che, prima della riforma del 2006, la clausola di necessità era il presupposto legittimante e imprescindibile della potestà legislativa della Federazione in tutti gli ambiti materiali enumerati nell'art. 74 *GG*.

Contestualmente alla revisione dell'art. 72 *GG*, il legislatore ha provveduto anche a inserire nell'art. 93, I comma, 2 a, *GG* un apposito procedimento dinanzi al Tribunale costituzionale federale avente ad oggetto "la questione se una legge sia conforme ai presupposti dell'art. 72, II comma, *GG*, con un'estensione della legittimazione ad agire ai parlamenti dei *Länder*, gli organi più direttamente colpiti da un esorbitante esercizio della competenza legislativa da parte della Federazione.

L'intento della revisione dell'art. 72 *GG* era reso così inequivocabile. Si era voluto "precisare, inasprire e concentrare i presupposti per ricorrere alla competenza legislativa

<sup>232</sup> Così, ad esempio, W. KLUTH, *Einführung*, cit., p. 51.

<sup>233</sup> Ulteriori dettagli su questa commissione saranno dati più avanti nel testo.

<sup>234</sup> Il rilievo è comune in letteratura, ad esempio, H.W. RENGELING, *Föderalismusreform und Gesetzgebungskompetenzen*, in *DVBl*, 2006, p. 1537 ss., p. 1538.

<sup>235</sup> Cfr. E. BUOSO, *L'art. 72, comma 2 GG davanti al Bundesverfassungsgericht*, in *Le Regioni*, 2003, p. 959 ss., A. GRAGNANI, *Sindacato di costituzionalità e giusto equilibrio fra unità e differenziazione in uno Stato federale: in tema di giustiziabilità della <Erforderlichkeitsklausel>*, cit., con riferimenti alla letteratura tedesca.

<sup>236</sup> Corsivo aggiunto.

concorrente, con lo scopo di migliorare l'insufficiente giustiziabilità della clausola di bisogno da parte della Corte costituzionale<sup>237</sup>.

Puntualmente, in ossequio alla volontà del legislatore costituzionale, con la storica decisione del 24 ottobre 2002, il *Bundesverfassungsgericht* ha riconosciuto che con riferimento ai presupposti dell'art. 72, II comma GG, “non sussiste un margine di apprezzamento discrezionale del legislatore sottratto al sindacato giurisdizionale di costituzionalità”<sup>238</sup>.

Con una successiva decisione del 27 luglio 2004<sup>239</sup>, il Tribunale costituzionale federale ha precisato che la rigorosa interpretazione dell'art. 72 GG doveva valere anche per la competenza cornice, (*Rahmengesetzgebung*), disciplinata dall'art. 75 GG, in forza del rinvio contenuto nel suo primo comma. Si tratta in particolare di una disposizione che, come vedremo, è stata abrogata, con la novella del 2006. In presenza dei presupposti della “clausola di necessità”, l'art. 75 prevedeva il potere della Federazione di dettare disposizioni cornice nell'elenco di materie in essa enumerate, nonché, nelle medesime materie – ma solo in casi eccezionali – disposizioni di dettaglio, ovvero disposizioni direttamente applicabili.

Il nuovo indirizzo della giurisprudenza costituzionale ha però provocato un ulteriore effetto indesiderato. Infatti, nell'ambito della *konkurrierende Gesetzgebung* e della *Rahmengesetzgebung*, la Federazione si è trovata priva dei poteri normativi sufficienti a dettare una disciplina capace di essere al tempo stesso sensata sotto il profilo della completezza del contenuto regolativo, e fondata su un sufficiente titolo legittimante, sia sotto il profilo del presupposto di esercizio della competenza, che sotto il profilo della estensione della medesima competenza, data la rigorosa prova richiesta dalla “clausola di necessità” ai sensi dell'art. 72 GG.

Infine, una spinta alla revisione delle tipologie di competenza legislativa è scaturita dalle complicazioni e dai ritardi nell'attuazione del diritto comunitario, dovuti per le materie di competenza cornice, (corrispondente alla nostra competenza concorrente), alla necessità di due distinti procedimenti legislativi, uno dei quali moltiplicato per tutti i *Länder*<sup>240</sup>.

Dopo che le precedenti revisioni della struttura federale avevano prodotto effetti di intreccio istituzionale insostenibile per la funzionalità dei processi decisionali della Federazione, e si erano rivelati comunque incapaci di rivitalizzare le competenze dei *Länder*, si è allora inteso procedere ad una riforma di vasta portata, la più ampia revisione del *Grundgesetz* realizzato fino ad oggi, intervenendo soprattutto sull'assetto delle competenze legislative.

Di questa revisione costituzionale, sono di particolare interesse nella prospettiva della codificazione del diritto ambientale: la rinnovata valutazione del rilievo costituzionale delle esigenze unitarie e degli interessi alla differenziazione come presupposto di nuove regole di attuazione del principio di sussidiarietà legislativa; l'eliminazione della competenza cornice; la previsione di differenti criteri di attuazione del principio di sussidiarietà legislativa, e, in questa prospettiva la creazione di una nuova tipologia di potestà legislativa fondata su una doppia contestuale imputazione di piena competenza alla Federazione e ai *Länder*, con conseguente ridimensionamento, nei medesimi settori, del sindacato di costituzionalità sui presupposti di esercizio della competenza.

<sup>237</sup> Così nei lavoratori preparatori relativi a questa revisione costituzionale, sui quali rinvio ancora a A. GRAGNANI, *Sindacato di costituzionalità e giusto equilibrio fra unità e differenziazione in uno Stato federale: in tema di giustiziabilità della <Erforderlichkeitsklausel>* cit.

<sup>238</sup> Si tratta della storica sentenza del Tribunale costituzionale federale, *BVerfG*, 24 ottobre 2002, in *BVerfGE*, 106, 62, disponibile in una traduzione in lingua italiana all'indirizzo web, [www.issirfa.cnr.it](http://www.issirfa.cnr.it).

<sup>239</sup> Si tratta della sentenza 27 luglio 2004, 2 BvF 2/02, di cui è disponibile una traduzione parziale all'indirizzo web, [www.issirfa.cnr.it](http://www.issirfa.cnr.it).

<sup>240</sup> L'osservazione è stata generalmente condivisa nelle audizioni parlamentari disponibili sul sito [www.bundestag.de](http://www.bundestag.de), sub *Föderalismusreform*.

### 3. La ricognizione degli interessi unitari e delle istanze di differenziazione nel diritto ambientale.

Una approfondita ricognizione degli interessi unitari e delle istanze di differenziazione<sup>241</sup> orientata secondo gli obiettivi della codificazione del diritto ambientale ha costituito il punto di partenza della nuova allocazione delle competenze legislative, che, tuttavia, non è pervenuta a dotare la Federazione di un titolo unitario di competenza “Tutela dell’ambiente”, secondo i suggerimenti della dottrina pressoché unanime<sup>242</sup>, non avendo quest’ultima soluzione trovato il consenso dei *Länder*, richiesto dall’art. 79, secondo comma, *GG* per la revisione della Legge fondamentale.

La tendenza all’estensione delle competenze federali, già manifestatasi nell’ordinamento tedesco, è stata comunque ulteriormente accentuata<sup>243</sup>.

Una fondamentale spinta in tal senso è impressa, innanzitutto, dalla scelta di incentrare il codice sull’idea regolativa della tutela integrata. Come risulta dall’analisi del progetto di codice, questo modello regolativo sollecita l’armonizzazione della disciplina sia sul piano sostanziale che su quello procedimentale anche a livello territoriale.

Sotto il primo profilo, la frammentazione delle competenze, secondo un’opinione generalmente condivisa nella letteratura tedesca, spezzando l’unitarietà della fonte di disciplina di ambiti “ecologicamente interdipendenti”<sup>244</sup>, ostacola, se addirittura in concreto, non impedisce la piena realizzazione del modello regolativo della tutela integrata dell’ambiente. La valutazione e la gestione del possibile spostamento degli inquinamenti da un bene ambientale all’altro, al fine di garantire un predeterminato livello di tutela dell’ambiente come bene unitario, infatti, sono obiettivamente complicate dall’esistenza di legislazioni differenziate a livello locale<sup>245</sup>.

Il modello regolativo della tutela integrata sollecita anche l’unificazione a livello nazionale della disciplina del procedimento amministrativo per il rilascio della autorizzazione integrata perché la effettiva realizzazione dei relativi obiettivi sostanziali di protezione dell’ambiente come bene unitario è strettamente correlata a specifiche forme e garanzie procedimentali, in particolare la concentrazione procedimentale e i diritti di partecipazione, che a loro volta condizionano fondamentali diritti dei cittadini, in particolare la tutela della salute e le c.d. “libertà economiche”<sup>246</sup>.

Indipendentemente dalle esigenze attinenti al principio di integrazione, una disciplina unitaria può essere imposta dalla stessa dimensione materiale del fenomeno da disciplinare, quando i suoi effetti superano i confini territoriali locali.

<sup>241</sup> Per una approfondita indagine sul tema, si vedano i contributi raccolti in *Umweltföderalismus, Föderalismus in Deutschland: Motor oder Bremse für den Umweltschutz?*, a cura di M. KLOEPFER, Berlin, Duncker & Humblot, 2002.

<sup>242</sup> Si vedano i contributi presentati nel corso delle audizioni parlamentari sulla riforma del federalismo in materia ambientale, (reperibili all’indirizzo [www.bundestag.de](http://www.bundestag.de)) e, in particolare i contributi di KLOEPFER, che ritiene sufficiente per la codificazione, comunque, anche la competenza spettante alla Federazione attraverso una sommatoria di diversi titoli di potestà legislativa, secondo la soluzione prescelta, come vedremo, dal legislatore costituzionale, e di KOCH, che invece è estremamente critico sulla frammentazione dei titoli di competenza.

<sup>243</sup> Sul punto, P. C. STORM, *Umweltrecht in Deutschland Entwicklungsstand und Entwicklungstendenzen*, in *LKV*, 1991, p. 53 ss. Già nel 1972 un primo significativo spostamento di competenza dai *Länder* alla Federazione era stato ritenuto necessario per la modernizzazione del diritto ambientale, e compiuto con l’introduzione della potestà legislativa federale per la rimozione dei rifiuti, la pulizia dell’aria e la lotta al rumore, (art. 74 n. 24, introdotto attraverso la trentesima legge di modifica del *Grundgesetz*).

<sup>244</sup> Su questa convinzione generalmente condivisa nelle audizioni sul progetto di riforma del federalismo tedesco, A. GRAGNANI, *Il progetto di riforma del federalismo tedesco*, in [www.issirfa.cnr.it](http://www.issirfa.cnr.it), maggio 2006. L’opposta convinzione è talora espressa, invece, nella letteratura italiana, cfr. A. MAGLIERI, *L’emersione dell’interesse ambientale nel procedimento amministrativo: prospettive e limiti della semplificazione*, in *Dir. amm.*, 2006, p. 847 ss.

<sup>245</sup> Sul punto si veda le già citate audizioni sulla riforma del federalismo, di KOCH e di KLOEPFER.

<sup>246</sup> Sul punto, ancora l’audizione di KLOEPFER.

D'altra parte il carattere tecnico della disciplina ambientale richiede spesso istruttorie legislative che impegnano notevoli disponibilità finanziarie, non sempre disponibili a livello locale<sup>247</sup>.

Verso l'uniformità della disciplina conduce anche la considerazione dei rilevanti condizionamenti che la legislazione ambientale produce sul diritto di proprietà e sull'iniziativa economica privata.

Nella medesima direzione spinge la necessità di non demolire a livello locale l'armonizzazione raggiunta a livello comunitario. Quest'ultima, del resto, trova una delle sue fondamentali ragioni nel significato che l'omogeneizzazione della disciplina ambientale riveste per la tutela della concorrenza<sup>248</sup>.

Nell'opposta direzione della valorizzazione delle istanze di differenziazione su base territoriale spingono altre esigenze<sup>249</sup>.

In primo luogo, per una più efficace tutela è necessario tenere conto delle condizioni naturali locali, e delle soluzioni che secondo le esigenze della relativa popolazione rispondono meglio all'attuazione del principio di cooperazione.

In secondo luogo, la differenziazione della disciplina favorisce la sperimentazione di soluzioni innovative per una migliore tutela dell'ambiente, come dimostrano storicamente i primi sviluppi del diritto ambientale, nonché il rilevante contributo dato allo sviluppo del diritto ambientale dalla legislazione di alcuni *Länder*.

La ricerca del giusto equilibrio fra unitarietà e differenziazione della disciplina è complicato da altri due fattori.

Innanzitutto, le opposte esigenze possono coesistere nell'ambito di uno stesso settore speciale del diritto ambientale.

Ciò impedisce di conferire un rilievo decisivo esclusivamente al criterio della ripartizione della potestà legislativa secondo ambiti materiali di competenza.

Inoltre, l'equilibrio fra unità e differenziazione è talvolta influenzato dalle diseguali condizioni di sviluppo socio-economico dei diversi enti titolari della potestà legislativa.

Ne discende l'opportunità di prevedere modelli di attuazione del principio di sussidiarietà capaci di tenere conto delle differenti ragioni che determinano l'esigenza di una disciplina unitaria federale, in modo da non sacrificare indebitamente le istanze di differenziazione.

Delineati in termini astratti gli interessi unitari e le esigenze di differenziazione rilevanti nel diritto ambientale, si procederà di seguito all'esame del complesso sistema di ripartizione delle competenze legislative approvato con la riforma del federalismo del 2006.

#### **4.L'abrogazione della *Rahmengesetzgebung* (legislazione cornice).**

Nella riforma del federalismo tedesco, l'abrogazione della legislazione cornice, (*Rahmengesetzgebung*, prevista, anteriormente alla riforma, dall'art. 75 GG), costituisce il punto di partenza nella ristrutturazione del sistema delle competenze.

In particolare, negli ambiti materiali riconducibili alla legislazione cornice spettava alla Federazione la potestà di dettare disposizioni quadro per la legislazione dei *Länder* se, e nella misura in cui, esse fossero necessarie per la realizzazione di condizioni di vita equivalenti nel territorio federale, ovvero per la salvaguardia dell'unità giuridica o economica nell'interesse dello Stato unitariamente considerato, cioè in presenza dei presupposti indicati attraverso un rinvio alla c.d. "clausola di necessità".

<sup>247</sup> Sul punto, ancora l'audizione di KLOEPFER.

<sup>248</sup> Si vedano oltre alle audizioni parlamentari già ricordate, i diversi contributi raccolti in Per una approfondita indagine sul tema, si vedano i contributi raccolti in *Umweltföderalismus, Föderalismus in Deutschland: Motor oder Bremse für den Umweltschutz?*, a cura di M. KLOEPFER cit.

<sup>249</sup> Anche su questi aspetti, si vedano oltre alle audizioni parlamentari già ricordate, i diversi contributi raccolti in Per una approfondita indagine sul tema, si vedano i contributi raccolti in *Umweltföderalismus, Föderalismus in Deutschland: Motor oder Bremse für den Umweltschutz?*, a cura di M. KLOEPFER, cit.

Secondo l'art. 75, II comma, *GG*, soltanto eccezionalmente le norme cornice potevano contenere disposizioni di dettaglio o direttamente applicabili.

Il rilascio della disciplina cornice determinava poi per i *Länder* l'obbligo di legiferare entro il termine previsto dalla legge federale.

La necessità di svolgere due distinti procedimenti legislativi, uno dei quali moltiplicato per tutti i *Länder*, si è dimostrata una complicazione inutile, e causa di notevoli ritardi specialmente per l'attuazione delle direttive, dato il loro carattere sempre più dettagliato<sup>250</sup>.

Inoltre, con riferimento alle nuove esigenze della normazione, la distinzione fra le disposizioni quadro, affidate alla Federazione, e le altre disposizioni che i *Länder* erano obbligati a rilasciare nel termine indicato dalla legge federale ha perso progressivamente il suo significato originario, specialmente nel diritto ambientale, condizionato in modo davvero determinante anche dalle prescrizioni di dettaglio.

Per importanti profili, invece, la legislazione ambientale prima della revisione era inquadrata in questa tipologia di competenza, (ad esempio la disciplina della tutela della natura della cura del paesaggio, della caccia, della gestione delle acque)<sup>251</sup>.

D'altra parte, il nuovo approccio regolativo comunitario della tutela integrata dell'ambiente, presuppone, uno stretto coordinamento fra la disciplina dei singoli fattori ambientali, che è ostacolato dalla previsione di una densità regolativa diversa – disposizioni cornice, o non immediatamente applicabili, o di dettaglio - ammessa per la disciplina federale, secondo lo schema della competenza cornice.

Per assicurare una ripartizione delle materie di *Rahmengesetzgebung* nel modo considerato più conveniente al loro oggetto, alcune materie sono state assegnate alla competenza esclusiva della Federazione, altre sono state trasferite nella *konkurrierende Gesetzgebung*, che peraltro, come anticipato, è stata profondamente modificata.

## 5. Le tipologie di competenza legislativa dopo la riforma del federalismo.

La disciplina costituzionale delle competenze legislative successiva alla riforma del federalismo del 2006 si apre con l'art. 70 *GG*, che attribuisce ai *Länder* il diritto di legiferare fintanto che il *Grundgesetz* non riconosce la potestà legislativa alla Federazione. La medesima disposizione precisa, inoltre, che la delimitazione della competenza si determina sulla base delle disposizioni costituzionali relative alla *ausschließliche Gesetzgebung* e alla *konkurrierende Gesetzgebung*.

### 5.1. La *ausschließliche Gesetzgebung* (legislazione esclusiva).

L'art. 71 *GG* stabilisce che negli ambiti normativi affidati alla competenza esclusiva della Federazione, i *Länder* possono esercitare la potestà legislativa soltanto se, e nella misura in cui, essi sono a ciò espressamente autorizzati da una legge federale.

Le materie di legislazione esclusiva sono elencate nel successivo art. 73.

Si tratta di ambiti normativi nei quali si può presumere con notevole certezza l'esistenza, di regola, soltanto di esigenze unitarie.

Coerentemente, nei medesimi settori, si presumono irrilevanti le esigenze di differenziazione locale.

Per quanto riguarda il diritto ambientale, dopo la riforma del 2006, appartengono alla legislazione esclusiva alcune materie già previste nel testo previgente, cioè la difesa, inclusa la

<sup>250</sup> Come anticipato, l'abrogazione dell'art. 75 *GG* era stata auspicata ed è stata accolta con favore in dottrina, specialmente dagli studiosi di diritto ambientale, sul punto, cfr. M. KLOEPFER, *Föderalismusreform und Umweltgesetzgebungskompetenzen*, in *ZUR*, 2006, p. 338 ss.; M. KOTULLA, *Umweltschutzgesetzgebungskompetenzen und <Föderalismusreform>*, in *NVwZ*, 2007, p. 489 ss.

<sup>251</sup> Si vedano i diversi contributi raccolti in *Umweltföderalismus, Föderalismus in Deutschland: Motor oder Bremse für den Umweltschutz?*, a cura di M. KLOEPFER, cit.

protezione della popolazione civile; (73, I comma, n. 1); la statistica per scopi federali (73, I comma, n. 11), il traffico aereo (73, I comma, n. 6), il traffico ferroviario relativo alle ferrovie di proprietà almeno per la maggior parte della Federazione (art. 73, I comma, n. 6a); l'unità del territorio doganale (73, I comma, n. 5), nonché nuove materie. In particolare: la produzione e l'impiego di energia nucleare per scopi pacifici, la costruzione e la gestione di impianti che servono a questi scopi, la tutela contro i pericoli che sorgono dalla propagazione di energia nucleare o che derivano dai raggi ionizzanti, e lo smaltimento di sostanze radioattive (art. 73, I comma, n. 14 GG).

Nel progetto di codice le competenze esclusive previste dall'art. 73, I comma, nn. 1, 6, 6a, insieme ad altri titoli di competenza di *konkurrierende Gesetzgebung*, hanno costituito il fondamento della disciplina della valutazione ambientale strategica, contenuta nella sezione seconda del capitolo primo, del libro primo.

### **5.2. Le diverse tipologie di *konkurrierende Gesetzgebung*, le corrispondenti regole di attuazione del principio di sussidiarietà legislativa, e la codificazione come scopo regolativo unitario nella giurisprudenza del Tribunale costituzionale federale.**

L'elaborazione dell'ultimo progetto di codice ambientale, essendo la Federazione priva di un titolo unitario di competenza per la tutela dell'ambiente, si avvale di una sommatoria di titoli di competenza federale, e, significativamente, soprattutto delle diverse forme di *konkurrierende Gesetzgebung* che caratterizzano l'assetto costituzionale delle competenze legislative successivo alla riforma del 2006.

Ciascuna di esse propone un diverso modello di attuazione del principio di sussidiarietà legislativa, specificamente concepito in relazione a predeterminati ambiti materiali e alla natura degli interessi unitari e delle istanze di differenziazione che in essi possono trovare espressione.

Prima di esaminare le tipologie di *konkurrierende Gesetzgebung*, conviene premettere che esse hanno in comune una regola fondamentale, prevista dall'art. 72, primo comma, GG. Secondo tale disposizione, nelle materie di *konkurrierende Gesetzgebung*, i *Länder* hanno potestà legislativa *fino a quando e nella misura in cui* la Federazione *non ha fatto uso* della sua competenza attraverso una legge. Quest'ultima legge produce rispetto alla potestà legislativa dei *Länder* un effetto di sbarramento, c.d. *Sperrwirkung*, salvo quanto previsto, come vedremo, dall'art. 72, III comma, per alcuni ambiti materiali tassativamente previsti dal *Grundgesetz*, nei quali spetta ai *Länder* la potestà di dettare una disciplina differenziata.

Si deve anche tenere presente che nell'interpretazione dell'art. 72, primo comma, la giurisprudenza del *Bundesverfassungsgericht*, (Tribunale costituzionale federale), conferisce allo scopo codificatorio una speciale rilevanza<sup>252</sup>.

In particolare, il giudice costituzionale ha precisato che un completo effetto di sbarramento si produce soltanto se il legislatore federale ha adottato una disciplina esaustiva. A tal fine, però, è decisivo non soltanto il contenuto della legge, ma anche lo scopo regolativo assunto dal legislatore.

Secondo il Tribunale costituzionale, l'intento codificatorio rappresenta un indizio importante del carattere esaustivo della disciplina. Tuttavia non si può escludere che un codice ammetta in certi ambiti una disciplina dei *Länder*, o preveda espresse riserve regolative a loro vantaggio.

Al tempo stesso, l'introduzione di simili clausole può essere indicativa dell'inammissibilità di discipline differenziate al di fuori degli ambiti regolativi in cui esse sono espressamente ammesse.

Alla luce di questa giurisprudenza, il progetto di codice ambientale regola il rapporto fra disciplina codificata e discipline differenziate ad opera dei *Länder*.

#### **5.2.1. La *konditionierte konkurrierende Gesetzgebung*.**

<sup>252</sup> Cfr. la sentenza del Tribunale costituzionale federale in *BVerfGE*, 56, 110, 119, nonché *BVerfGE*, 20, 238, 251.

La forma originaria di *konkurrierende Gesetzgebung*, già prevista prima della revisione del 2006, è disciplinata dall'art. 72, II comma, *GG*.

Questa tipologia di competenza si riferisce ad ambiti materiali nei quali le istanze unitarie possono manifestarsi in corrispondenza delle condizioni definite dal legislatore costituzionale attraverso la clausola di necessità, (*Erforderlichkeitsklausel*). Quindi, in questi stessi ambiti, “la Federazione ha il diritto di legiferare se, e nella misura in cui, la realizzazione di condizioni di vita equivalenti nel territorio federale, o la salvaguardia dell'unità giuridica o economica nell'interesse dello Stato unitariamente considerato, renda *necessaria* l'adozione di una disciplina legislativa federale”.

Si tratta di una forma di *konkurrierende Gesetzgebung* denominata in dottrina *konditionierte konkurrierende Gesetzgebung*, legislazione concorrente condizionata, proprio perché è *condizione* della sua esistenza la *necessità* di una disciplina federale nel senso appena precisato<sup>253</sup>.

Essa costituisce, come già anticipato, l'archetipo della nostra “chiamata in sussidiarietà”, che, peraltro, presenta importanti differenze rispetto al modello originario.

La fondamentale differenza riguarda la straordinaria pervasività di questo criterio di ripartizione della competenza nel nostro ordinamento, dove, l'attrazione in sussidiarietà è capace di operare in qualsiasi ambito materiale. Nell'ordinamento tedesco, invece, è la Costituzione che predetermina gli ambiti normativi della corrispondente tipologia di competenza, valendosi del classico criterio della enumerazione delle competenze, che si combina, quindi, con un parametro fondato sulla concreta valutazione degli interessi.

In seguito alla revisione del federalismo tedesco, i settori materiali nei quali la potestà legislativa federale è vincolata alla clausola di necessità non sono più tutte le materie tassativamente elencate nel successivo art. 74 *GG*, ma soltanto alcune di quelle in precedenza previste. Esse sono enumerate all'art. 72, comma II, *GG*, attraverso il rinvio all'art. 74, I comma, n. 4, 7, 11, 13, 15, 19a, 20, 22, 25 e 26, *GG*.

Per quanto riguarda il diritto ambientale si tratta dei seguenti settori: la legislazione economica, con particolare riferimento alle miniere, al commercio, all'industria e all'energia, (74, I comma, n. 11); la promozione della ricerca scientifica, (74, I comma, n. 13); l'importazione e l'esportazione di prodotti agricoli e forestali, la pesca d'alto mare e costiera e la protezione delle coste, la legislazione relativa ai generi alimentari, compresi i derivati di animali, la circolazione di piante e semi agricoli e forestali, nonché la protezione di alberi e piante da malattie e parassiti e la protezione degli animali (74, I comma, n. 20); la circolazione stradale, gli autoveicoli, la costruzione e manutenzione delle strade nazionali di grande comunicazione, l'imposizione di pedaggi o tributi per l'uso delle strade pubbliche con veicoli (74, I comma, n. 22).

Esclusivamente nelle medesime materie, la sussistenza di tali condizioni continua a essere sottoposta al penetrante sindacato del Tribunale costituzionale federale, essendo invariato il tenore letterale della *Erfordlichkeitsklausel*, la clausola di necessità, già oggetto della ricordata revisione costituzionale del 1994, con la quale il rigore dei presupposti di questa potestà legislativa federale era stato inasprito, ed essi erano divenuti giustiziabili nel sindacato di costituzionalità, con onere della prova posto rigorosamente a carico della Federazione.

A tal proposito è opportuno evidenziare che la conferma della clausola di necessità anche nel nuovo sistema di ripartizione delle competenze, esclude che la contestuale riduzione del suo ambito materiale di operatività possa significare una contestazione sotto il profilo teorico della giurisprudenza del *Bundesverfassungsgericht* sulla giustiziabilità dei presupposti per l'esercizio della competenza in via sussidiaria. La riduzione delle materie in cui questa tipologia di competenza può essere esercitata, invece, conferma l'esattezza di quell'indirizzo giurisprudenziale, e una conseguente reazione ai già ricordati effetti indesiderati di quella giurisprudenza nella concreta

<sup>253</sup> Così, ad esempio, A. UHLE, *Art. 72 GG, Föderalismusreformgesetz*, cit., p. 110 ss., in particolare, p. 129, che ricorda l'uso della medesima formula in C. DEGENHART, *Art. 72*, in *Grundgesetz*, a cura di M. SACHS, IV ed., 2007.

dinamica dei rapporti fra Federazione e *Länder*, limitatamente agli ambiti materiali da essa liberati<sup>254</sup>.

Per completare la disciplina della *konkurrierende Gesetzgebung*, resta da esaminare l'ultimo comma dell'art. 72 GG: "Con legge federale può essere stabilito che una disciplina legislativa federale, per la quale non vi sia più necessità ai sensi del comma II, può essere sostituita dal diritto del *Land*".

Si tratta di una previsione coerente con una concezione del principio di sussidiarietà nel suo aspetto dinamico di parametro diretto al legislatore ordinario per il concreto esercizio della competenza. Il principio di sussidiarietà così inteso, richiede, infatti, che sia il legislatore costituzionale a regolare non soltanto l'ipotesi nella quale dall'insorgenza di esigenze unitarie scaturisce la necessità di una disciplina federale, ma anche la situazione che si determina qualora tale necessità venga successivamente meno.

L'interpretazione dell'ultimo comma dell'art. 72 è, peraltro, controversa<sup>255</sup>.

Il criterio letterale depone nel senso di una certa discrezionalità del legislatore federale nel valutare il rilascio di una legge federale che sancisca il venir meno della necessità della disciplina unitaria già adottata, con conseguente autorizzazione di una legislazione sostitutiva dei *Länder*.

Tuttavia, è stata avanzata in dottrina anche l'idea che sia venuta meno ogni discrezionalità del legislatore sul punto, dato che è stata introdotta una nuova ipotesi di controllo di costituzionalità finalizzata ad accertare che non sussiste più la necessità di una legge federale ai sensi del 72, comma II, GG.

Precisamente, il secondo comma dell'art. 93 prevede che "Il Tribunale costituzionale federale decide inoltre su istanza del *Bundesrat*, di un Governo del *Land* o di una rappresentanza popolare di un *Land*, se nel caso dell'art. 72, comma IV, non sussista più la necessità di una disciplina federale secondo l'art. 72, comma II, o se la disciplina federale nei casi dell'art. 125a, comma II, prima frase, non potrebbe più essere emanata. L'accertamento che la necessità è venuta meno, o che la disciplina federale non potrebbe più essere emanata, sostituisce la legge federale secondo l'art. 72, comma IV o secondo l'art. 125a, comma II, seconda frase. L'istanza ai sensi della prima parte del presente articolo è ammissibile solo se un disegno di legge secondo l'art. 72, comma IV o secondo l'art. 125a, comma II, frase seconda è stato rigettato dal *Bundestag* o se su di esso il *Bundestag* non ha discusso entro un anno e non ha adottato una deliberazione, ovvero se un corrispondente disegno di legge è stato rigettato dal *Bundesrat*".

Esaminata la *konditionierte konkurrierende Gesetzgebung*, (legislazione concorrente condizionata), si intuisce che essa, e in particolare il titolo relativo alla legislazione economica, (72-74 n. 11 GG), costituisce il fondamento della disciplina del nucleo centrale del progetto di codice<sup>256</sup>, cioè delle disposizioni relative allo scopo, ai principi, alle definizioni legislative, alla valutazione ambientale strategica e alla disciplina relativa ai requisiti sostanziali per la autorizzazione integrata di progetto, nonché delle regole sulla sorveglianza degli impianti e delle attività autorizzate.

Una frammentazione giuridica negli ambiti normativi appena ricordati, infatti, è dannosa per il sistema giuridico e per quello economico.

Al riguardo è opportuno evidenziare che secondo la giurisprudenza del Tribunale costituzionale federale, una legislazione federale è necessaria ai sensi dell'art. 72 GG per la salvaguardia dell'unità giuridica soltanto "quando la frammentazione legislativa produce un frazionamento giuridico con conseguenze problematiche, che non può essere accettato nell'interesse sia della Federazione che anche dei *Länder*", perché la differenziazione legislativa minaccia "il

<sup>254</sup> H.J. PAPIER, *Aktuelle Fragen der bundestaatlichen Ordnung*, in *NJW*, 2007, p. 2145 ss., p. 2146.

<sup>255</sup> Sul punto, A. UHLE, *Art. 72 GG*, cit., p. 138 ss., per una ricognizione delle diverse opinioni.

<sup>256</sup> Cfr. la motivazione che accompagna il progetto di codice, cit., p. 43 ss.

bene giuridico dell'unità giuridica dello Stato unitario, concepito come conservazione di una comunità giuridica capace di funzionare"<sup>257</sup>.

Secondo il medesimo Tribunale, la salvaguardia dell'unità economica, invece, rende necessaria una legislazione federale quando si tratta di conservare "la capacità di funzionamento dello spazio economico della Repubblica federale attraverso l'emanazione di diritto unitario a livello federale". L'unità economica presuppone pertanto un qualcosa di più rispetto alla realizzazione della unità giuridica.

Le due indicazioni di scopo avranno tuttavia frequentemente una zona in comune", anche perché l'unità economica si realizza tipicamente attraverso l'unificazione delle condizioni giuridiche<sup>258</sup>.

### **5.2.2. La *unkonditionierte konkurrierende Gesetzgebung* e la *Abweichungsgesetzgebung*: la doppia imputazione di una piena competenza alla Federazione e ai *Länder* nei medesimi ambiti materiali.**

Una seconda forma di *konkurrierende Gesetzgebung* è prevista dall'art. 72, terzo comma, GG.

Si tratta dell'innovazione più significativa della riforma costituzionale delle competenze legislative.

Il nuovo modello di attuazione del principio di sussidiarietà prevede un doppio titolo di competenza piena della Federazione e dei *Länder* negli ambiti materiali nei quali è presumibile l'insorgenza di esigenze unitarie, ma non può escludersi la coesistenza di istanze di differenziazione<sup>259</sup>.

Queste ultime, peraltro, possono sussistere in tutti i *Länder*, ovvero insorgere soltanto in alcuni di essi per le particolari condizioni locali di tipo naturalistico, ovvero determinarsi in relazione al loro diverso grado di sviluppo socio-economico.

Il riconoscimento della coesistenza di entrambe le esigenze di unitarietà e di differenziazione, non determinabili *a priori* e strettamente dipendenti dalla disegualianza delle condizioni oggettive dei *Länder*, rende inopportuna un'aprioristica imputazione di competenza alla Federazione o ai *Länder*.

Sulla base di queste premesse, il nuovo doppio titolo di competenza si articola in due potestà legislative: la competenza federale, che negli ambiti materiali enumerati dall'art. 72, comma III, GG, è svincolata dalla clausola di necessità, e la competenza dei *Länder* di dettare una disciplina differenziata nei medesimi ambiti normativi.

La legge federale è perciò denominata in dottrina *unkonditionierte konkurrierende Gesetzgebung*, ma anche *Vorranggesetzgebung*, ad indicare la prevalenza di per sé della legislazione federale, che in seguito alla riforma è liberata negli ambiti materiali appartenenti a questa tipologia di competenza dall'onere di giustificare la propria "necessità"<sup>260</sup>, e, quindi, è esonerata limitatamente a questo profilo, anche dal corrispondente (eventuale) controllo del giudice costituzionale.

<sup>257</sup> Si tratta della storica sentenza del Tribunale costituzionale federale, *BVerfG*, 24 ottobre 2002, in *BVerfGE*, 106, 62, disponibile in una traduzione in lingua italiana all'indirizzo web, [www.issirfa.cnr.it](http://www.issirfa.cnr.it).

<sup>258</sup> Si tratta della storica sentenza del Tribunale costituzionale federale, *BVerfG*, 24 ottobre 2002, in *BVerfGE*, 106, 62, disponibile in una traduzione in lingua italiana all'indirizzo web, [www.issirfa.cnr.it](http://www.issirfa.cnr.it).

<sup>259</sup> Su questa tipologia di competenza, H. SCHULZE-FIELITZ, *Umweltschutz im Föderalismus –Europa, Bund und Länder*, in *NVwZ*, 2007, p. 249 ss., M. KOTULLA, *Umweltschutzgesetzgebungskompetenzen und <Föderalismusreform>*, cit.

<sup>260</sup> Ancora per il concetto di *Vorranggesetzgebung*, utilizzato per indicare la *konkurrierende Gesetzgebung* negli ambiti materiali dove l'esistenza di interessi unitari è presunta, e, perciò, non occorre la prova della "necessità" di una disciplina unitaria, C. DEGENHART, *Die Neuordnung der Gesetzgebungskompetenzen durch die Föderalismusreform*, cit., p. 1210, nonché A. UHLE, *Art. 72 GG*, cit., in particolare, p. 129.

La potestà legislativa dei *Länder* in queste materie è denominata *Abweichungsgesetzgebung*, per indicare la potestà di dettare una disciplina legislativa differenziata<sup>261</sup>.

Di fronte alla potestà legislativa dei *Länder* di dettare una disciplina differenziata, si apre per la potestà legislativa federale nei medesimi ambiti, l'ulteriore alternativa denominazione della *unkonditionierte konkurrierende Gesetzgebung*, anche come *abweichungsoffene Vorranggesetzgebung*, cioè potestà legislativa prevalente e aperta alla differenziazione<sup>262</sup>.

Negli ambiti materiali compresi in questa tipologia di competenza, il *Grundgesetz* regola i rapporti fra legislazione federale e legislazione dei *Länder* nei termini seguenti.

L'art. 72, III comma, *GG* prevede che le leggi federali riconducibili alla *abweichungsoffene Vorranggesetzgebung* non entrano in vigore prima di sei mesi dalla loro pubblicazione, salvo quanto sia diversamente stabilito con l'adesione del *Bundesrat*.

Un'abbreviazione del termine può rendersi necessaria, ad esempio, per particolari urgenze, o anche per i tempi di attuazione imposti dal diritto comunitario.

La stessa disposizione precisa che nel rapporto fra disciplina federale e disciplina di un *Land*, prevale la legge di volta in volta successiva.

L'esercizio della *Abweichungsgesetzgebung* dà luogo a un fenomeno di mera prevalenza applicativa, ma non a una deroga in senso tecnico, ed è paragonabile, piuttosto, al rapporto che si instaura negli ordinamenti nazionali fra fonti statali e fonti comunitarie<sup>263</sup>.

La liberazione della potestà legislativa federale dalla "clausola di necessità" rende la legge federale incapace di *Sperrwirkung*, cioè di quella efficacia di barriera nei confronti della legislazione dei *Länder* che essa possedeva prima della riforma in tutti gli ambiti materiali indicati nell'art. 74 *GG*, e possiede oggi, ancora, limitatamente ai settori in cui la clausola di necessità opera.

Siccome la legge posteriore ha una mera prevalenza applicativa, in caso di abrogazione della legge federale successiva, la legge del *Land* torna automaticamente ad essere applicata, e viceversa<sup>264</sup>.

Il riferimento al criterio della *lex posterior* è stato percepito in dottrina come una deroga rispetto all'art. 31 *GG*, secondo il quale "il diritto federale <rompe> il diritto del *Land*"<sup>265</sup>. Peraltro, è preferibile la diversa interpretazione secondo la quale, in realtà, nel campo di applicazione dell'art. 73, III comma, *GG*, non si può determinare una collisione fra diritto federale e diritto del *Land*, proprio perché questa disciplina della competenza previene l'insorgere di una vera e propria antinomia; dunque non viene in considerazione l'applicazione dell'art. 31 *GG*, e neppure una sua deroga<sup>266</sup>.

Prima di riflettere sul senso di questo nuovo modello di attuazione del principio di sussidiarietà legislativa, restano da fare alcune precisazioni.

Secondo il tenore letterale della disposizione, la competenza a dettare una disciplina differenziata deve essere esercitata attraverso una legge.

Ciò, in linea con il carattere compensativo di questa potestà legislativa, a vantaggio dei parlamenti dei *Länder*, cioè dei soggetti colpiti dallo spostamento di competenza legislativa a vantaggio della Federazione.

<sup>261</sup> Sottolinea che non si tratta di una deroga in senso tecnico, ma di una mera prevalenza applicativa, C. DEGENHART, *Die Neuordnung der Gesetzgebungskompetenzen durch die Föderalismusreform*, cit., p. 1212.

<sup>262</sup> Cfr. A. UHLE, *Art. 72 GG*, cit., p. 141.

<sup>263</sup> C. DEGENHART, *Die Neuordnung der Gesetzgebungskompetenzen durch die Föderalismusreform*, p. 1212.

<sup>264</sup> Ancora sul punto, C. DEGENHART, *Die Neuordnung der Gesetzgebungskompetenzen durch die Föderalismusreform*, p. 1212.

<sup>265</sup> C. DEGENHART, *Die Neuordnung der Gesetzgebungskompetenzen durch die Föderalismusreform*, cit., p. 1212.

<sup>266</sup> Per l'esclusione della configurabilità di una deroga dell'art. 31 *GG* con riferimento a queste ipotesi, H.J. PAPIER, *Aktuelle Fragen der bundestaatlichen Ordnung*, cit., p. 2147.

E' controverso, invece, in dottrina se i *Länder* possano fare uso di questa competenza anche soltanto a scopo "oppositivo", disponendo semplicemente la non applicazione nel rispettivo territorio della legge federale.

L'opinione negativa è motivata, condivisibilmente, sulla base del tenore letterale e tenuto conto dello scopo di questa competenza. Per le medesime ragioni, invece, si considera ammesso un contenuto negativo, ad esempio l'esclusione di un divieto stabilito dalla legge federale<sup>267</sup>.

I settori del diritto ambientale nei quali il *Grundgesetz* stabilisce questa doppia competenza piena della Federazione e dei *Länder* sono: la disciplina della caccia, (escluso il permesso di caccia), (art. 72, III comma, n. 1); la tutela della natura e la cura del paesaggio, (esclusi i principi generali della tutela della natura, la disciplina della tutela delle specie o della tutela della natura marina), (art. 72, III comma, n. 2); l'assetto del territorio, (art. 72, III comma, n. 4); la disciplina delle acque (escluse le discipline relative alle sostanze e agli impianti), (art. 72, III comma, n. 5).

### **5.2.2.1. La *unkonditionierte konkurrierende Gesetzgebung*, la *Abweichungsgesetzgebung*, i correlati procedimenti di negoziazione politica, e la corrispondente riduzione del sindacato di costituzionalità.**

Delineato il quadro delle regole di esercizio della potestà legislativa nelle materie enumerate al 72, comma III, *GG*, è possibile riflettere sul significato di tale disposizione nei concreti rapporti fra Federazione e *Länder*.

Il riconoscimento di due titoli di competenza piena, (*doppelte Vollkompetenz*)<sup>268</sup>, ad entrambi i legislatori rimette la scelta della legislazione applicabile nel territorio federale ad un procedimento di negoziazione politica<sup>269</sup>.

La norma attributiva della competenze si limita a stabilire gli ambiti materiali di questa competenza, la regola della *lex posterior* come criterio fra legge federale e legge del *Land*, e il termine di entrata in vigore delle leggi federali.

Resta invece al legislatore federale, ovvero a quello di ciascun *Land* per il rispettivo territorio, la scelta sulla legge da applicare nel rispettivo ambito territoriale di riferimento. Ciascun *Land*, infatti, eserciterà la potestà di dettare con riferimento al proprio territorio una disciplina differenziata rispetto a quella federale soltanto se non condivide il contenuto di quella legge, assumendosi con ciò la responsabilità politica della disciplina differenziata nei confronti dei suoi destinatari. A sua volta, la Federazione potrà non condividere tale legislazione del *Land*, cosicché quest'ultima non sarà applicabile in forza della entrata in vigore della successiva legge federale.

In questa prospettiva, il termine dilatorio stabilito per la entrata in vigore della legge federale, salvo un minor termine con approvazione del *Bundesrat*, ha lo scopo di concedere ai *Länder* il tempo necessario per decidere sull'emanazione di una eventuale disciplina differenziata.

La nuova tipologia di competenza ha suscitato molte perplessità.

Si teme innanzitutto che la regola della prevalenza applicativa secondo il criterio della *lex posterior* possa determinare un deprecabile effetto *ping-pong* sul diritto vigente, con gravi incertezze del diritto e difficoltà applicative.

Si è ipotizzato che una legge federale emanata nell'esercizio di questa tipologia di competenza potrebbe non trovare mai applicazione, poiché tutti i *Länder* potrebbero in ipotesi dettare una disciplina differenziata<sup>270</sup>, con conseguente spreco di attività legislativa.

<sup>267</sup> A. UHLE, *Art. 72 GG*, cit., p. 145 ss.

<sup>268</sup> J. IPSEN, *Die Kompetenzverteilung zwischen Bund und Ländern nach der Föderalismusnovelle*, in *NJW*, 2006, p. 2801 ss., in particolare p. 2804.

<sup>269</sup> Cfr. H. SCHULZE-FIELITZ, *Umweltschutz im Föderalismus – Europa, Bund und Länder*, cit.; M. KOTULLA, *Umweltschutzgesetzgebungskompetenzen und <Föderalismusreform>*, cit.

<sup>270</sup> M. KOTULLA, *Umweltschutzgesetzgebungskompetenzen und <Föderalismusreform>*, cit., p. 491.

Un altro aspetto problematico è dovuto alla difficoltà di delimitare i settori normativi oggetto della potestà legislativa differenziata, con il connesso rischio di un crescente contenzioso costituzionale, e conseguente incertezza del diritto<sup>271</sup>.

Si teme anche, sotto questo profilo, che la nuova tipologia di competenza possa vanificare i vantaggi attesi dall'abrogazione della competenza cornice per una più adeguata attuazione del diritto comunitario.

Si teme, infine, che nel diritto ambientale la potestà legislativa differenziata possa legittimare un fenomeno di *Ökodumping*.

In una diversa prospettiva, più attenta alla concreta dinamica dei rapporti Federazione-*Länder*, le critiche verso questa nuova forma di *konkurrierende Gesetzgebung*<sup>272</sup> sono attenuate dalla ragionevole speranza che non tutto ciò che teoricamente è possibile trova sempre, davvero, un corrispondente svolgimento, nonché grazie all'esistenza nell'ordinamento di istituti capaci di contrastare alcuni ipotetici sviluppi indesiderati nell'esercizio di questa tipologia di competenze<sup>273</sup>.

Innanzitutto è apparso più probabile che esse costituiranno il punto di riferimento di una contrattazione politica sui contenuti della legge per pervenire a soluzioni unitarie condivise, anziché essere irresponsabilmente utilizzate. Non sarebbero, dunque, realistici i timori di sprechi della funzione legislativa, ovvero di effetti *ping-pong* intollerabili per la conoscibilità e la certezza del diritto. In altri termini, con questa nuova tipologia di competenza si intende valorizzare la responsabilità politica delle scelte di tutela dell'ambiente della Federazione e dei *Länder*, nell'interesse di entrambi, e in linea con la fondamentale innovazione che caratterizza questo modello di attuazione del principio di sussidiarietà legislativa: l'esclusione del sindacato di costituzionalità sull'esistenza in questi ambiti di interessi unitari<sup>274</sup>.

Conseguentemente, l'aspirazione ad una disciplina unitaria può realizzarsi soltanto attraverso la condivisione dei contenuti della legge federale da parte dei *Länder*, che naturalmente si fonderà su soluzioni di compromesso.

Tuttavia, il potere della Federazione di pervenire comunque all'approvazione di una disciplina in mancanza di un accordo considerato ragionevole, e, il potere di ciascun *Land* di dettare un'autonoma disciplina differenziata, ovvero di allinearsi alla disciplina federale, dovrebbe scongiurare la costrizione a compromessi che rendono insensata la disciplina o comunque inadeguata al progetto politico che si intende realizzare, e, al tempo stesso, consentire adeguata espressione alle istanze di differenziazione che rispondono ad esigenze obiettive.

D'altra parte si ritiene improbabile che il nuovo criterio di ripartizione delle competenze presti l'occasione per una deroga peggiorativa degli *standard* di tutela ambientale, aprendo fra i *Länder* una competizione nell'*Ökodumping*, tenuto conto innanzitutto dell'esperienza storica.

La possibilità di differenziazione rispetto al diritto federale è stata già sperimentata in diverse leggi federali, secondo la formula *Das Nähere regeln Landesgesetz*, (la legislazione del *Land* disciplina il dettaglio), e ha consentito di promuovere a livello locale la sperimentazione di soluzioni politiche innovative che, come è storicamente dimostrato, hanno talora rappresentato efficaci esperienze pilota, poi generalizzate dalla legislazione federale.

Per di più, siccome le materie oggetto di *abweichungsoffene Vorranggesetzgebung* sono fortemente condizionate dal diritto comunitario, quest'ultimo offre una "rete di sicurezza" contro il

<sup>271</sup> L'audizione di A. EPINEY, nonché quella di H. J. KOCH, *Schriftliche Stellungnahme zur öffentlichen Anhörung des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages und des Ausschusses für Innere Angelegenheiten des Bundesrates zur Föderalismusreform Teil III: Bereich Umweltschutz/Landwirtschaft*.

<sup>272</sup> Così, M. KOTULLA, *Umweltschutzgesetzgebungskompetenzen und <Föderalismusreform>*, cit., p. 491.

<sup>273</sup> Così, M. KOTULLA, *Umweltschutzgesetzgebungskompetenzen und <Föderalismusreform>*, cit., p. 491.

<sup>274</sup> Fermo naturalmente il sindacato sui presupposti esterni della contrattazione, come ad esempio sulla ricorrenza dei nuclei sottratti alla differenziazione, eventualità, questa, temuta dalla dottrina, data la formulazione eccessivamente indeterminata della disposizione; sul punto H. SCHULZE-FIELITZ, *Umweltschutz im Föderalismus – Europa, Bund und Länder*, cit

rischio di un uso irresponsabile della potestà di differenziazione<sup>275</sup>, e scongiura il paventato pericolo che la potestà legislativa differenziata presti l'occasione per una deroga peggiorativa degli *standard* di tutela ambientale, aprendo fra i *Länder* una competizione orientata all'*Ökodumping*.

A tal proposito si deve tenere presente che con la revisione del federalismo la responsabilità interna per violazione del diritto comunitario è stata formalizzata anche sul piano finanziario<sup>276</sup>.

L'art. 104 a *GG*, infatti, nella versione oggi vigente dispone che: "Federazione e *Länder* sopportano le conseguenze di una violazione di obblighi sovranazionali o internazionali della Germania secondo la ripartizione infrastatale della competenza e dei compiti. Nei casi di correzioni finanziarie dell'Unione europea che interessano più di un *Land*, la Federazione e i *Länder* sopportano queste conseguenze in rapporto di 15 a 85. La totalità dei *Länder* sopporta in questi casi solidalmente il 35% degli oneri totali corrispondentemente ad una chiave generale; il 50% degli oneri totali sono sopportati di *Länder* che hanno provocato questi oneri, *pro quota*, corrispondentemente al livello dei mezzi finanziari conseguiti. I particolari sono regolati da una legge federale che necessita dell'approvazione del *Bundesrat*".

Si tratta di uno strumento di sicura efficacia repressiva ma che può esplicare anche una significativa funzione di prevenzione delle violazioni del diritto comunitario attraverso la legislazione differenziata.

Alla sanzione finanziaria che consegue all'inosservanza del diritto comunitario si accompagna, d'altra parte, una corrispondente responsabilità politica.

Quest'ultima dovrebbe comunque orientare verso un uso ragionevole della potestà differenziata, tenuto conto delle esigenze di armonizzazione che si profilano sia nel diritto comunitario, sia nel diritto interno in relazione alle opportunità di sviluppo economico e industriale.

Infine, si ritiene che i costi finanziari dell'istruttoria legislativa in materia ambientale dovrebbero contenere il rischio di un ampio esercizio della potestà di differenziazione legislativa dei *Länder*<sup>277</sup>.

In linea con l'interpretazione del nuovo modello di attuazione del principio di sussidiarietà legislativa come "cornice" della contrattazione politica sui contenuti della legge federale, si sono svolti i lavori preparatori del codice ambientale.

Nelle intenzioni del Ministero dell'ambiente, il progetto discusso in un apposito gruppo di lavoro con i rappresentanti dei *Länder* dovrebbe rendere superfluo l'esercizio della potestà di differenziazione, per la razionalità delle soluzioni elaborate con l'ampio consenso dei *Länder*.

Tenuto conto di questo quadro costituzionale, nonché della giurisprudenza sulla rilevanza dello scopo di codificatorio nell'attuazione del principio di sussidiarietà legislativa, il progetto di codice ha utilizzato il titolo di competenza federale previsto dall'art. 72, terzo comma, *GG* per dettare una disciplina sostanziale uniforme non limitata alle disposizioni cornice, ma piena, per la protezione della natura (contenuta nel secondo libro del codice) e per la gestione delle acque, (contenuta nel terzo libro del codice).

Questa disciplina è soggetta alla differenziazione eventualmente stabilita dai *Länder*, salvo gli ambiti riservati alla disciplina federale dallo stesso art. 72, terzo comma, (ad esempio i principi generali per la tutela della natura).

Tuttavia, il legislatore costituzionale ha voluto proteggere l'obiettivo della codificazione dettando, come vedremo, un'apposita disciplina transitoria che in certa misura congela la potestà legislativa differenziata fino a quando il codice ambientale sarà approvato.

<sup>275</sup> Sul punto di particolare interesse l'audizione sulla riforma del federalismo di M. KLOEPFER, reperibile sul sito [www.bundestag.de](http://www.bundestag.de).

<sup>276</sup> Sul punto, A. GRAGNANI, *La riforma del federalismo tedesco*, in [www.issirfa.cnr.it](http://www.issirfa.cnr.it), maggio 2006, per ulteriori approfondimenti G. PARODI, *Integrazione europea e rapporti fra Federazione e Länder*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2007, p. 135 ss.

<sup>277</sup> Cfr. L'audizione al *Bundestag* di M. KLOEPFER, cit.

Prima di accennare alla disciplina costituzionale transitoria, occorre esaminare la competenza legislativa per le regole del procedimento amministrativo, che assumono nel diritto ambientale un'importanza centrale e che sono anch'esse oggetto della medesima disciplina costituzionale transitoria.

### **5.2.3. La disciplina del procedimento amministrativo nel nuovo art. 84 GG e il diritto ambientale come tipico “caso eccezionale” per “un particolare bisogno di disciplina unitaria federale”.**

Alla disciplina del procedimento amministrativo sono affidati obiettivi fondamentali della codificazione: la semplificazione normativa e amministrativa.

La conformazione del procedimento amministrativo riveste generalmente un significato decisivo per gli obiettivi di tutela dell'ambiente.

Le regole costituzionali sulla competenza relativa alla disciplina del procedimento amministrativo e all'organizzazione degli uffici sono stabilite dall'art. 84 GG, primo comma, che rinvia al modello della potestà legislativa differenziata disciplinata dall'art. 72, III comma, GG.

Nella versione oggi vigente l'art. 84, primo comma, GG dispone che<sup>278</sup>: “Qualora i *Länder* diano esecuzione alle leggi federali come materia di propria competenza, spetta loro disciplinare anche l'istituzione di uffici e il procedimento amministrativo. Qualora leggi federali dispongano diversamente, i *Länder* possono adottare discipline differenziate. Se un *Land* ha adottato una disciplina differenziata ai sensi della seconda proposizione, le successive leggi federali relative alla istituzione di uffici e al procedimento amministrativo non entrano in vigore in tale *Land* prima di sei mesi dalla loro promulgazione, a meno che non sia diversamente stabilito con l'approvazione del *Bundesrat*. Si applica in modo corrispondente l'art. 72 comma III, frase terza. In casi eccezionali, a causa di un particolare bisogno di disciplina unitaria federale, la Federazione può disciplinare il procedimento amministrativo ed escludere la possibilità di disciplina differenziata da parte dei *Länder*. Queste leggi necessitano dell'approvazione del *Bundesrat*. Attraverso legge federale non possono essere trasferiti compiti a Comuni e associazioni di Comuni”.

A queste regole di competenza la riforma affida un obiettivo fondamentale: ridurre da circa il 60% a circa il 40% o il 35% le ipotesi per le quali l'approvazione di una legge federale richiede l'approvazione, *Zustimmung*, del *Bundesrat*<sup>279</sup>. Secondo la versione previgente l'art. 84, primo comma, GG nel caso di esecuzione di leggi federali come materia di competenza dei *Länder*, una disciplina federale degli uffici e del procedimento amministrativo richiedeva, infatti, l'approvazione del *Bundesrat*. Peraltro, il necessario coinvolgimento della camera rappresentativa degli interessi territoriali non aveva funzionato come strumento di tutela degli interessi delle autonomie, ma si era piuttosto prestato ad un uso ostruzionistico da parte delle maggioranze politiche in ragione di interessi partitici, bloccando l'adozione di riforme necessarie, o, comunque, imponendo soluzioni di compromesso non coerenti<sup>280</sup>.

Attraverso questa nuova disciplina, e la corrispondente riduzione del potere di *Zustimmung*, cioè di approvazione della legislazione federale da parte del *Bundesrat*, la riforma si propone di migliorare la capacità decisionale e, al tempo stesso, di rendere più chiare e trasparenti, secondo il principio democratico, le responsabilità delle forze politiche di fronte ai cittadini.

Peraltro, dei casi eccezionali nei quali per esigenze unitarie sussiste un particolare bisogno di disciplina unitaria federale, come precisato nell'accordo di coalizione<sup>281</sup>, è destinata a far parte con relativa frequenza la disciplina dei procedimenti riconducibili al diritto ambientale.

<sup>278</sup> Sul tema, M. GERMANN, *Art. 84 GG*, in *Föderalismusreformgesetz*, cit., p. 179 ss.

<sup>279</sup> La stima è indicata nel documento di sintesi, *Föderalismusreform, Übersicht über die wesentlichen Punkte*, che può leggersi all'indirizzo web <http://www.cducsu.de>.

<sup>280</sup> Per queste considerazioni, in particolare, p. 15 e p. 17 della relazione illustrativa del disegno di legge di revisione BT 16/813, reperibile al sito [www.bundestag.de](http://www.bundestag.de).

<sup>281</sup> Cfr. *Koalitionvertrag*, allegato 2, nota 31, reperibile all'indirizzo web, [www.bunderegierung.de](http://www.bunderegierung.de).

Sulla base di quest'ultimo titolo di competenza federale capace di precludere la legislazione differenziata dei *Länder*, previsto dall'art. 84, primo comma, *GG*, il §140 *UGB I* dispone l'inderogabilità della disciplina federale del procedimento amministrativo stabilita dal medesimo libro primo del codice, nonché l'inderogabilità della disciplina emanata sulla base delle disposizioni dello stesso libro, salvo quanto previsto dal precedente § 6, comma quarto, (tale disposizione prevede che le regole relative al procedimento amministrativo stabilite nella sezione seconda del capitolo primo, relative alla valutazione ambientale strategica, si applicano nella misura in cui disposizioni federali o dei *Länder* non stabiliscano prescrizioni più dettagliate o non corrispondenti a questa legge).

L'intreccio fra tutela sostanziale e tutela procedimentale dell'ambiente rende coesenziale all'attuazione dei requisiti materiali unitari, corrispondenti regole procedimentali uniformi<sup>282</sup>.

Tuttavia, l'uniformità della disciplina non può essere conseguita attraverso la unilaterale imposizione della disciplina federale del procedimento amministrativo quando la coesistenza di interessi unitari e interessi alla differenziazione sia ineliminabile. D'altra parte, la straordinaria estensione del diritto ambientale, che secondo una felice espressione copre l'intero ordinamento senza mai nascondere, in mancanza di adeguati strumenti di raccordo e composizione dei contrapposti interessi finirebbe per comprimere eccessivamente le autonomie territoriali svuotando di significato la struttura federale.

Pertanto, la complessità del rapporto fra interessi unitari ed esigenze di differenziazione nella disciplina dei procedimenti ambientali frappone un limite all'aspirata semplificazione delle interferenze fra competenze federali e dei *Länder*, e, quindi, per un importante nucleo della legislazione codificata il loro intreccio permane.

La medesima esigenza si riscontra, inoltre, per la disciplina relativa agli aspetti tecnici, che, non prestandosi per questi suoi contenuti ai tempi del dibattito parlamentare, il codice affida a *Rechtsverordnungen* federali, che il Governo federale è autorizzato ad emanare con l'approvazione del *Bundesrat*, come abbiamo visto nell'esame del progetto di codice.

#### **5.2.4. La *abweichungsfeste Vorranggesetzgebung*.**

Un'ulteriore forma di *konkurrierende Gesetzgebung* è prevista in materie nelle quali la possibile ricorrenza di interessi unitari è presunta in modo assoluto dal legislatore costituzionale in presenza di un corrispondente esercizio di potestà legislativa da parte della Federazione. Il rilascio di una disciplina federale di questo tipo è svincolata, quindi, dall'onere di provare l'esistenza delle esigenze unitarie riassunte dalla "clausola di necessità", e preclude l'adozione di una disciplina differenziata dei *Länder* nello stesso ambito.

Essa riguarda gli ambiti materiali enumerati nell'art. 74 *GG* attraverso il richiamo dell'art. 72, II comma, *GG*, e comprende, inoltre, i nuclei delle materie indicate all'art. 72, III comma, *GG*, per i quali non è ammessa la differenziazione legislativa ad opera dei *Länder*.

Per il diritto ambientale si tratta della disciplina relativa alla gestione dei rifiuti, all'inquinamento atmosferico, alla lotta ai rumori, esclusa la tutela dai comportamenti rumorosi, (74, I comma, n. 24), nonché per i collegamenti con il diritto ambientale, il diritto civile, il diritto penale e la disciplina dei processi giurisdizionali, (74, I comma, n. 1); la disciplina del permesso di caccia; i principi generali della tutela della natura, la disciplina della tutela delle specie o della tutela della natura marina; in materia di gestione delle acque, la disciplina relativa alle sostanze e agli impianti, (come previsto dall'art. 72, III comma, nn. 1, 2, 5).

La forma di competenza in questione è denominata in dottrina *unkonditionierte konkurrierende Gesetzgebung*, o in alternativa *abweichungsfeste Vorranggesetzgebung*<sup>283</sup>, cioè legislazione prevalente e incondizionata, resistente a discipline differenziate da parte dei *Länder*.

<sup>282</sup> Così, M. KLOEPFER, audizione sul disegno di riforma del federalismo, cit.

<sup>283</sup> Cfr. A. UHLE, *Art. 72 GG*, cit., p. 140.

Negli ambiti di competenza che dalla Legge Fondamentale non sono attribuiti alla Federazione, e che spettano pertanto alla potestà legislativa dei *Länder*, secondo la regola stabilita dall'art. 70, I comma, *GG*, non assumono rilevanza ai fini delle regole di competenza, eventuali altri interessi unitari.

Per l'elaborazione del progetto di codice ambientale, le competenze sopra indicate costituiscono titolo di legittimazione per la disciplina dell'autorizzazione integrata di progetto contenuta nel libro primo del codice, nonché per i libri secondo e terzo, dedicati, come già detto, alle acque e alla tutela della natura e cura del paesaggio.

## **6. La mancanza di un titolo unitario di competenza federale per la tutela dell'ambiente e la codificazione del diritto ambientale: timori e aspettative.**

L'assetto delle competenze resta caratterizzato, pur dopo la revisione costituzionale, dalla mancanza di un titolo unitario di competenza per la tutela dell'ambiente<sup>284</sup>, da tempo auspicata, invece, dalla dottrina, e da sempre causa nell'ordinamento tedesco di ostacoli, ad oggi insuperati, per la codificazione del diritto ambientale.

A ciò si aggiunge l'attribuzione ai *Länder* del potere di adottare in determinate materie una legislazione differenziata.

Queste scelte hanno suscitato valutazioni divergenti in dottrina, come sopra anticipato.

Un'opinione fortemente critica ritiene che la mancanza di un titolo unitario di competenza federale per la tutela dell'ambiente, e l'eccessiva ampiezza dei poteri di differenziazione attribuiti ai *Länder*<sup>285</sup>, non consentano l'approvazione di un codice ambientale, sacrificando con ciò un obiettivo imprescindibile per il progresso e il futuro sviluppo di questa disciplina.

In particolare, si è rilevato che la frammentazione delle competenze, spezzando l'unitarietà della fonte di disciplina di ambiti "ecologicamente interdipendenti" ostacola, se addirittura non impedisce, la piena realizzazione del modello regolativo comunitario di tutela integrata dell'ambiente.

Sarebbero, oltretutto, con ciò vanificati i vantaggi attesi dall'abrogazione della competenza cornice per una più adeguata attuazione del diritto comunitario.

Si osserva poi, che i settori normativi oggetto della potestà legislativa differenziata sono in concreto difficilmente delimitabili, ciò che potrebbe alimentare un crescente contenzioso e determinare incertezza del diritto, nonché rendere difficile l'esatta individuazione sul piano politico delle relative responsabilità<sup>286</sup>.

Si teme, come si è detto, che la successiva differenziazione, secondo la regola della *lex posterior*, possa produrre un effetto *ping-pong* con grave pregiudizio alla certezza del diritto.

La potestà legislativa differenziata potrebbe prestare l'occasione per una deroga peggiorativa degli *standard* di tutela ambientale, aprendo fra i *Länder* una competizione nell'*Ökodumping*, con l'ulteriore rischio di violazione degli *standard* prescritti dal diritto comunitario. Ciò soprattutto nei settori relativi alla tutela della natura, alla pianificazione urbanistica e ai procedimenti amministrativi.

Sarebbe stata piuttosto auspicabile la previsione di un titolo unitario di competenza per la tutela dell'ambiente con l'attribuzione alla Federazione del potere di autorizzare una disciplina

<sup>284</sup> M. KLOEPFER, *Föderalismusreform und Umweltgesetzgebungskompetenzen*, cit.; M. KOTULLA, *Umweltschutzgesetzgebungskompetenzen und <Föderalismusreform>*, cit.

<sup>285</sup> Le audizioni di C. ZIEHM, per la Deutsche Umwelthilfe, *Stellungnahme zur beabsichtigten Föderalismusreform, insbesondere zum Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und SPD vom 7 März 2006, BT-Drs. 16/813*; BDI, *Zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Grundgesetzes vom 7 März 2006 (Föderalismusreform)*.

<sup>286</sup> L'audizione di A. EPINEY, nonché quella di H. J. KOCH, *Schriftliche Stellungnahme zur öffentlichen Anhörung des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages und des Ausschusses für Innere Angelegenheiten des Bundesrates zur Föderalismusreform Teil III: Bereich Umweltschutz/Landwirtschaft*.

legislativa differenziata dei *Länder* attraverso una clausola di apertura contenuta in singole leggi federali.

Si sarebbe trattato, secondo quest'opinione, di una soluzione meglio rispondente all'idea del federalismo amministrativo, che caratterizza il disegno originario del sistema costituzionale.

Secondo una diversa tesi<sup>287</sup>, sebbene la previsione di un titolo unitario di competenza federale "diritto dell'ambiente" sarebbe stata preferibile, (anche in vista della costante espansione del diritto ambientale a nuovi ambiti di disciplina), occorre prendere atto che, per ragioni storiche collegate alla radicata competenza legislativa in questi ambiti dei *Länder*<sup>288</sup>, non è stato possibile ottenerla. Peraltro, ciò non impedisce di ritenere che la Federazione possieda comunque, oggi, attraverso la somma dei singoli titoli di competenza, la potestà legislativa per l'approvazione di un codice di diritto dell'ambiente.

In altri termini, considerato il carattere trasversale del diritto ambientale, che comprende sia il diritto ambientale in senso stretto, sia la legislazione rilevante per l'ambiente, la disponibilità di un titolo unitario di competenza, peraltro, non è di per sé decisiva per la soluzione delle problematiche di ripartizione e delimitazione delle competenze all'interno di uno stato federale.

D'altra parte, secondo questa impostazione, l'attribuzione ai *Länder* della potestà legislativa differenziata non deve far temere l'abbassamento degli *standard* di tutela dell'ambiente, innanzitutto perché la storia del diritto ambientale testimonia che il loro contributo alla tutela dell'ambiente è stato decisivo.

In ogni caso, come anticipato, il timore di un abbassamento del livello di tutela dell'ambiente non è fondato poiché tale potestà sussiste nei limiti che residuano dai vincoli discendenti dal diritto comunitario, che funziona al riguardo come rete di sicurezza.

Alla sanzione finanziaria che consegue all'inosservanza del diritto comunitario, si accompagna d'altra parte una corrispondente responsabilità politica. Quest'ultima dovrebbe comunque orientare verso un uso ragionevole della potestà differenziata, tenuto conto delle esigenze di armonizzazione che si profilano sia nel diritto comunitario, sia nel diritto interno in relazione alle esigenze dello sviluppo economico e industriale.

La possibilità di differenziazione rispetto al diritto federale è del resto stata già contemplata in diverse leggi federali, secondo la formula *Das Nähere regeln Landesgesetz*, (la legislazione del *Land* disciplina il dettaglio) e ha consentito di promuovere a livello locale la sperimentazione di soluzioni politiche innovative che, come è storicamente dimostrato, hanno talora rappresentato efficaci esperienze pilota poi generalizzate dalla legislazione federale.

Si ritiene poi che i costi finanziari dell'istruttoria legislativa in materia ambientale dovrebbe contenere il rischio di un ampio esercizio della potestà di differenziazione legislativa dei *Länder*<sup>289</sup>.

Sulla base di queste considerazioni, si afferma che in concreto l'esercizio della potestà differenziata non rappresenti un pericolo di frammentazione della legislazione ambientale, capace di pregiudicare le aspettative di stabilizzazione e razionalizzazione del quadro normativo riposte nella codificazione.

Tuttavia, per attenuare il rischio di mancare l'obiettivo, il legislatore ha previsto una disciplina costituzionale transitoria, all'art. 125 b, primo comma, *GG*, che sarà esaminata nel paragrafo successivo.

### **7.La disciplina costituzionale transitoria per l'approvazione del codice ambientale.**

Il legislatore costituzionale ha dettato anche una disciplina costituzionale transitoria, contenuta nell'art. 125 b, primo comma, *GG*, la cui approvazione è stata sollecitata dal Ministro federale dell'ambiente per agevolare l'approvazione del codice ambientale.

<sup>287</sup> Cfr. l'audizione di M. KLOEPFER, già citata.

<sup>288</sup> E' da ricordare che per le revisioni costituzionali occorre secondo l'art. 79, comma II, *GG*, l'approvazione del *Bundesrat*.

<sup>289</sup> Cfr. L'audizione al *Bundestag* di M. KLOEPFER, cit.

Tale disposizione prevede che in relazione alla protezione della natura, alla cura del paesaggio e alla disciplina delle acque, i *Länder* possono esercitare la potestà legislativa differenziata, che loro compete ai sensi del 72 comma III, *GG* soltanto se e nei limiti in cui, a partire dal primo settembre 2006, la Federazione abbia fatto uso della sua potestà legislativa e, comunque, al più tardi a partire dal 1 gennaio 2010.

In relazione alla potestà differenziata dei *Länder* prevista, come visto, dall'art. 84 *GG* per la disciplina del procedimento amministrativo, l'art. 125 b, II comma, *GG* stabilisce che fino al 31 dicembre 2008, i *Länder* possono farne uso solo se è modificata la disciplina federale del procedimento amministrativo.

Scopo della disciplina transitoria è quindi posticipare l'eventuale esercizio della potestà legislativa differenziata dei *Länder* al momento in cui il codice ambientale sarà approvato.

Come dichiarato dal Ministro federale dell'ambiente<sup>290</sup>, la moratoria costituzionale intende consentire alla Federazione di procedere alla redazione del codice, restando indisturbata da parallele attività legislative dei *Länder*.

Secondo questo disegno, la razionalità della disciplina e il consenso politico sui contenuti del codice, formatosi anche attraverso gli opportuni confronti con le associazioni ambientaliste, con le associazioni degli industriali con i rappresentanti dei *Länder*, confineranno ad ipotesi davvero eccezionali l'interesse di questi ultimi all'esercizio della potestà legislativa differenziata, poiché solo in rari casi sarebbero scelte politicamente convenienti e accettabili. Indirizzò, quest'ultimo, che avvalorò l'interpretazione del nuovo doppio titolo di competenza piena di Federazione e *Länder* nel diritto ambientale, come cornice alla negoziazione politica per una disciplina unitaria negli ambiti in cui coesistono interessi unitari e istanze di differenziazione.

### **8. Le competenze non scritte della Federazione.**

Per completare il quadro dell'assetto costituzionale delle competenze legislative occorre, infine, accennare al fenomeno delle competenze non scritte della Federazione, (*ungeschriebene Gesetzgebungskompetenzen des Bundes*), che nell'esperienza tedesca non assume un significato paragonabile alla recente evoluzione del nostro ordinamento<sup>291</sup>, dove un titolo implicito<sup>292</sup> di competenza pervade e governa l'intero sistema delle competenze.

La categoria delle competenze non scritte della Federazione elaborata dal Tribunale costituzionale federale, per la stessa dimensione del fenomeno<sup>293</sup>, assolve piuttosto a un autentico compito di integrazione di regole scritte, ovvero di esplicitazione di una regola di competenza, pur in mancanza di una sua espressa attribuzione, in casi nei quali essa è inequivocabilmente desumibile dal testo della Legge Fondamentale.

Con riferimento alla prima delle due ipotesi appena delineate, si tratta innanzitutto della c.d. *Bundeskompetenz kraft Sachzusammenhangs*, cioè di una "competenza per connessione", in forza della quale spetta alla Federazione la potestà legislativa di dettare le regole incidenti su una materia non espressamente attribuita quando tali regole sono un presupposto imprescindibile per una disciplina sensata della materia espressamente attribuita.

In questo primo gruppo di casi, rientra anche la c.d. *Annex-Kompetenz*, cioè la competenza a dettare puntuali regole integrative della disciplina riconducibile ad una materia espressamente attribuita, anche quando ciò comporti una fuoriscita dall'ambito di competenza espressamente

<sup>290</sup> Cfr. le dichiarazioni del Ministro Sigmar Gabriel, in *FAZ*, 21.11.2006, p. 14, nonché il documento interno del *Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit*, relativo al programma di codificazione, del 5 luglio 2006.

<sup>291</sup> J. IPSEN, *Staatsrecht I Staatsorganisationsrecht*, Köln, Heymann, 2007, XIX ed. aggiornata, p. 178 ss., p. 190 ss.

<sup>292</sup> Ci si riferisce al fenomeno della chiamata in sussidiarietà inaugurato dalla già ricordata sentenza della Corte costituzionale 303/2003, cit.

<sup>293</sup> Sul punto, ancora J. IPSEN, *Staatsrecht I Staatsorganisationsrecht*, cit., p. 191, per l'orientamento restrittivo assunto dal Tribunale costituzionale in riferimento alla disciplina nel settore dell'edilizia.

assegnato. Così, ad esempio, la competenza per l'adozione di regole di difesa dai pericoli, correlati agli ambiti materiali espressamente assegnati alla competenza della Federazione, (profilo quest'ultimo rilevante nell'ambito della codificazione).

Appartiene, invece, al secondo gruppo di ipotesi, la c.d. *Kompetenz aus der Natur der Sache*, competenza secondo la natura delle cose, che riguarda i casi in cui, pur in mancanza di una espressa attribuzione di potestà legislativa, essa non può che spettare alla Federazione, in virtù della necessaria corrispondenza fra la attribuzione di un compito costituzionale e l'esercizio della potestà legislativa ad esso funzionale.

### 9. La disciplina del procedimento legislativo: cenni.

Tenuto conto dei criteri di allocazione della competenza, la dinamica federale è sempre stata determinata nei suoi concreti sviluppi, dalla disciplina del procedimento di iniziativa e di approvazione delle leggi federali, che prevede sempre il coinvolgimento del *Bundesrat*, la camera rappresentativa dei governi regionali, nonché dai diversi istituti che connotano il modello tedesco come modello di federalismo cooperativo<sup>294</sup>.

In particolare, secondo l'art. 77 GG, nel procedimento di approvazione di ogni legge federale, il *Bundesrat* può richiedere la convocazione di una commissione composta di membri del *Bundestag* e del *Bundesrat* per un esame comune del progetto. La commissione può proporre una modifica del progetto di legge che costringe il *Bundestag* a una nuova deliberazione.

In alcuni casi, come si è detto, il *Grundgesetz* prevede che la legge federale necessita dell'approvazione, (*Zustimmung*), del *Bundesrat*. Se il *Bundesrat* la nega, la legge federale non può essere approvata.

Anche nei casi nei quali l'approvazione non è necessaria, il *Bundesrat* può comunque presentare opposizione nei confronti della legge federale.

Tale opposizione può essere superata attraverso una nuova deliberazione del *Bundestag*, con le maggioranze previste dalla Costituzione.

E' evidente che in questo procedimento trovano espressione e occasione di composizione i dissensi fra *Länder* e Federazione in merito alla sussistenza delle esigenze unitarie, determinati sia da questioni attinenti da esigenze territoriali, sia –come spesso accade– da divergenze fra forze politiche contrapposte, ma si intuisce anche che ciò può complicare e rallentare i processi decisionali.

### 10. I riflessi del nuovo ordine delle competenze sulla giurisdizione costituzionale.

Un ultimo profilo della riforma che pare opportuno evidenziare, riguarda l'attenta valutazione che il legislatore costituzionale ha riservato all'imprescindibile nesso fra tecniche di ripartizione della potestà legislativa e definizione dell'ambito della giurisdizione costituzionale.

Si è già detto della reazione del legislatore agli effetti sgraditi della rigorosa giurisprudenza costituzionale sulla giustiziabilità della clausola di necessità, attraverso la riduzione dei relativi ambiti materiali di riferimento, e, quindi, senza smentite per quello stesso indirizzo giurisprudenziale che rimane, allora, incontestato nelle sue premesse teoriche, nonché nelle sue conseguenze applicative rispetto ai meno numerosi settori dove la clausola di necessità ancora opera<sup>295</sup>.

Sui presupposti di esercizio della potestà legislativa federale, resta da precisare che lo svincolo di determinati ambiti normativi dal sindacato sull'esistenza degli interessi unitari, che rendono necessaria la legislazione federale, rappresenta il risvolto della concorde anticipata

<sup>294</sup> Per un quadro istituzionale, H. MAURER, *Grundlagen, Verfassungsorgane, Staatsfunktionen*, München, Beck, 2007, V ed. Per un'analisi delle concrete dinamiche istituzionali su questo aspetto, si veda il contributo di D. SCHEFOLD, *Federalismo, regionalismo e riforma del federalismo tedesco, Id., Riflessioni di fine-anno sulla riforma del federalismo*, cit.

<sup>295</sup> H.J. PAPIER, *Aktuelle Fragen der bundestaatlichen Ordnung*, cit., p. 2146 ss.

valutazione della Federazione e dei *Länder* sulla sussistenza in tali ambiti di esigenze unitarie, con conseguente inopportunità della previsione di un accertamento giurisdizionale. Quest'ultimo, infatti, esporrebbe inutilmente la disciplina del settore a quell'incertezza del diritto connaturale alla difficoltà di prevedere in tali ambiti l'esito del giudizio costituzionale, senza che qui effettivamente sussistano corrispondenti esigenze di garanzia, come invece negli ambiti dove questo tipo di controllo è stato mantenuto.

Circa i rapporti fra tecniche di ripartizione delle competenze e giurisdizione costituzionale, una significativa novità riguarda poi, come si è pure anticipato, la previsione, all'art. 72, III comma, GG, di un doppio titolo di competenza piena, con corrispondente riduzione dell'ambito della giurisdizione costituzionale.

Il nuovo criterio di ripartizione della competenza è stato percepito come un corpo estraneo alla "cultura legalistica tedesca"<sup>296</sup>. Tuttavia, la parziale estromissione del sindacato di costituzionalità che ne consegue, non pregiudica il principio fondamentale sancito nella giurisprudenza del Tribunale costituzionale, secondo il quale in uno stato federale non è ammesso che lo stato centrale proceda alla autodeterminazione delle regole che definiscono la propria sfera di competenza. Proprio l'attribuzione di una doppia imputazione di una piena competenza rende in questi casi superflua per i legislatori la garanzia del sindacato di costituzionalità, potendo curare come credono i rispettivi interessi in via legislativa.

Resta, infine, da illustrare la modificazione stabilita dal legislatore costituzionale con riferimento all'art. 93 GG, II comma, che ora prevede un nuovo procedimento: "Il Tribunale costituzionale federale decide inoltre su istanza del *Bundesrat*, di un Governo del *Land* o del Parlamento di un *Land*, se nel caso dell'art. 72, comma IV non sussista più la necessità di una disciplina federale secondo l'art. 72, comma II o se la disciplina federale nei casi dell'art. 125a, comma II, prima frase non potrebbe più essere emanata. L'accertamento che la necessità è venuta meno, o che la disciplina federale non potrebbe più essere emanata sostituisce la legge federale secondo l'art. 72, comma IV o secondo l'art. 125a, comma II, seconda frase. L'istanza ai sensi della prima parte del presente articolo è ammissibile solo se un disegno di legge secondo l'art. 72, comma IV o secondo l'art. 125a, comma II, frase seconda, è stato rigettato dal *Bundestag* o se su di esso il *Bundestag* non ha discusso entro un anno e non ha adottato una deliberazione, ovvero se un corrispondente disegno di legge è stato rigettato dal *Bundesrat*".

Si conferma e si perfeziona, con questa disposizione, la giustiziabilità della c.d. "clausola di necessità".

La medesima disposizione, peraltro, significativamente subordina, in questo caso, il ricorso al Tribunale costituzionale al necessario previo tentativo di composizione, in sede politica, del contrasto circa i presupposti della necessità delle legge federale.

Da segnalare, infine, che con tale procedimento il Tribunale costituzionale è chiamato – assai singolarmente – a sindacare la costituzionalità di una disciplina che non c'è, una *Nicht-Regelung*<sup>297</sup>.

<sup>296</sup> Così, H. SCHULZE-FIELITZ, *Umweltschutz im Föderalismus – Europa, Bund und Länder*, cit., p. 253 ss.

<sup>297</sup> Sul punto, H.J. PAPIER, *Aktuelle Fragen der bundestaatlichen Ordnung*, cit., p. 2147.

### CAPITOLO III

#### LA POTESTA' LEGISLATIVA DIFFERENZIATA DI UN *LAND* ARRESTA LA CODIFICAZIONE DEL DIRITTO AMBIENTALE TEDESCO

SOMMARIO: 1. - Cronaca dell'inatteso arresto della codificazione del diritto ambientale tedesco. 2. - Le ragioni della rinuncia all'approvazione di un codice aperto alla differenziazione. 3. - La frammentazione del progetto di codice in leggi "solitarie". 4. - La disciplina per la tutela dell'acqua. 5. - La disciplina della protezione della natura. 6. - La disciplina per la tutela dalle radiazioni non ionizzanti. 7. La disciplina per il riordino del diritto ambientale. 8. - Rilievi conclusivi.

#### **1. Cronaca dell'inatteso arresto della codificazione del diritto ambientale tedesco.**

Il 23 maggio 2008, il progetto ministeriale di codice ambientale sopra esaminato è stato inviato ai *Länder* e alle associazioni, in vista delle audizioni svolte fra il 17 e il 25 giugno<sup>298</sup>.

Tenuto conto dei risultati di queste ultime, sono state apportate alcune modificazioni all'originario progetto.

Nel giugno 2008, la *Umweltministerkonferenz*, (conferenza del Ministro federale dell'ambiente e dei Ministri dell'ambiente dei *Länder*), si è espressa all'unanimità in favore dell'approvazione dell'innovativo modello di autorizzazione integrata previsto dal progetto di codice.

Nel luglio successivo sono state inviate ai Ministeri interessati versioni riviste del medesimo progetto, per la definitiva approvazione.

Le oltre trecento richieste di modificazioni avanzate dal Ministero dell'Economia, e dal Ministero dell'alimentazione, dell'agricoltura e della protezione dei consumatori, hanno richiesto una ulteriore rielaborazione del progetto.

Gli ultimi punti controversi sembravano superati in un colloquio chiarificatore del 25 novembre 2008, svolto alla presenza della Cancelliera, del Ministro dell'ambiente, del Ministro della giustizia, del Ministro dell'economia, e del Ministro dell'alimentazione, agricoltura e protezione dei consumatori. In particolare questi ultimi due Ministri hanno superato ogni riserva rispetto alla *Integrierte Vorhabengenehmigung* concepita dal progetto di codice secondo un modello di integrazione sostanziale.

Successivamente, in modo improvviso, l'opposizione verso la disciplina dell'autorizzazione integrata è divenuta, però, insuperabile. Il 4 e il 5 dicembre 2008 il capogruppo parlamentare della CDU/CSU Kauder, e il *Landesgruppenchef* della CSU, Ramsauer, hanno presentato al Ministro dell'ambiente Gabriel, ventotto richieste di emendamento, in parte nuove.

Il Ministro dell'ambiente si è dichiarato pronto ad accettarne una parte.

L'offerta, tuttavia, è stata considerata insufficiente, non essendo stata accettata la condizione decisiva: l'abbandono del modello materiale di autorizzazione integrata, in favore di un'integrazione soltanto procedimentale.

Nel dicembre 2008 e nel gennaio 2009, sono stati fatti diversi altri tentativi per salvare il codice ambientale.

Il 20 gennaio 2009, la codificazione del diritto ambientale è stata all'ordine del giorno della Commissione Ambiente del *Bundestag*, e nel dibattito tutte le frazioni politiche si sono mostrate molto preoccupate delle inattese difficoltà frapposte al progetto di codice.

Il 26 gennaio, il ministro Gabriel ha tentato ancora una volta di trovare una soluzione per l'approvazione del progetto di codificazione.

<sup>298</sup> Un resoconto delle tappe che hanno condotto il progetto di codice al suo fallimento si trova sul sito [www.bmu.de](http://www.bmu.de), nonché in S. MENZENBACH, B. STAHL, *Das Gesetz, ein scheues Reh*, in [www.bundestag.de](http://www.bundestag.de), 16 febbraio 2009.

Tuttavia, nel relativo colloquio il *Ministerpräsident* della Baviera, Seehofer<sup>299</sup>, ha rivendicato il pieno diritto dei *Länder* di esercitare la potestà legislativa federale differenziata prevista dall'art. 72 GG per mantenere la precedente disciplina dei procedimenti di autorizzazione, cosicché essi potrebbero coesistere nei *Länder* che decidano in tal senso, accanto all'autorizzazione integrata disciplinata dal codice federale, e vigente per i *Länder* che non dettino una disciplina differenziata.

Il primo febbraio 2009 il Ministro Gabriel ha dichiarato il fallimento del progetto di codificazione. La mancata condivisione della disciplina unitaria federale relativa al modello sostanziale di autorizzazione integrata colpisce il progetto in un suo scopo essenziale.

Un ultimo tentativo è fallito nell'ambito della coalizione governativa il successivo 4 marzo, dove è stato raggiunto l'accordo soltanto sull'approvazione di alcune parti del progetto di codice recepite in singole leggi.

## 2. Le ragioni della rinuncia all'approvazione di un codice aperto alla differenziazione.

Il rifiuto della disciplina federale unitaria relativa alla *Integrierte Vorhabengenehmigung*, (autorizzazione integrata di progetto)<sup>300</sup>, opposto dal *Land* Baviera con la rivendicazione dell'esercizio della propria potestà legislativa differenziata, non poteva non valere come rifiuto dell'intero progetto di codificazione, del quale l'autorizzazione integrata costituisce l'idea centrale e il perno del collegamento sistematico fra gli ambiti normativi speciali regolati dal codice, destinati a dare concreta e simultanea realizzazione, sia sul piano sostanziale che su quello procedimentale, ai principi ispiratori del moderno diritto ambientale.

La contestuale vigenza potenzialmente di sedici diversi sistemi di autorizzazione integrata come reazione alla scelta federale del modello sostanziale di autorizzazione integrata, avrebbe significato la negazione assoluta dell'obiettivo di semplificazione normativa e amministrativa perseguita attraverso il progetto di codice.

Il controverso assetto dei rapporti di competenza fra Federazione e *Länder* fondato sulla potestà legislativa differenziata di questi ultimi, (*Abweichungsgesetzgebung*), e sulla correlata potestà legislativa federale svincolata dalla prova della sua necessità a tutela degli interessi unitari, (*unkonditionierte konkurrierende Gesetzgebung*), ha così travolto, prima del suo ingresso in Parlamento, un progetto di codice frutto di lunghi lavori preparatori, meditati da esperti particolarmente qualificati, positivamente valutato sotto il profilo della capacità di notevole riduzione dei costi burocratici dal *Nationale Normenkontrollrat*<sup>301</sup>, ampiamente condiviso nel suo impianto, salvo le richieste di alcune puntuali modificazioni, dalle associazioni e dagli specialisti, apprezzato in sede scientifica per il suo valore paradigmatico di una buona qualità della legislazione, e dai pratici nelle simulazioni della sua applicazione, relative proprio all'autorizzazione integrata.

L'improvviso arresto della codificazione, perciò, è stato giudicato "irrazionale" dal *Sachverständigenrat für Umweltfragen*, (Consiglio degli esperti per le questioni ambientali)<sup>302</sup>, e

<sup>299</sup> Seehofer era stato Ministro dell'agricoltura nella *Große Koalition*, ma ha lasciato l'ufficio per ricoprire la carica di *Ministerpräsident* della Baviera.

<sup>300</sup> Sul tema, C. SANGENSTEDT, *Umweltgesetzbuch und Integrierte Vorhabengenehmigung*, cit., *Id.*, *Die Integrierte Vorhabengenehmigung Diskussionspunkte aus Sicht des Bundesumweltministeriums*, cit., nonché i contributi di C. CALLIESS, *Vorgaben für ein Umweltgesetzbuch: Europarecht*, e di W. SPOERR, *Integrierte Vorhabengenehmigung aus Sicht des Wirtschaft*, in *Das kommende Umweltgesetzbuch*, cit., rispettivamente p. 35 ss., p. 91 ss. e p. 95 ss., *Id.*, C. CALLIESS, *Integrierte Vorhabengenehmigung und Rechtsschutz im aktuellen Entwurf des UGB I*, cit.; per un'analisi puntuale si veda anche la motivazione che accompagna il *Referentenentwurf*, cit., p. 176 ss.

<sup>301</sup> Si tratta di un organo indipendente istituito con legge del 14 agosto 2006, *Gesetz zur Einsetzung eines Nationalen Normenkontrollrates*, al quale è affidato un compito di controllo dei costi burocratici.

<sup>302</sup> Cfr. Il relativo comunicato stampa del Consiglio reperibile all'indirizzo internet [www.idw-online.de](http://www.idw-online.de).

già solo l'adombrarsi di una tale eventualità ha destato una forte sorpresa e delusione in sede scientifica<sup>303</sup>.

Nella logica del nuovo assetto delle competenze, tuttavia, era insito il rischio che si è poi realizzato. La dottrina aveva evidenziato che il riconoscimento di due titoli di competenza piena, (*doppelte Vollkompetenz*)<sup>304</sup>, ad entrambi i legislatori avrebbe rimesso la scelta della legislazione applicabile nel territorio federale ad un procedimento di negoziazione politica<sup>305</sup>, nel quale la razionalità giuridica non è detto che stia in primo piano<sup>306</sup>.

Le contestazioni avanzate, dalla Baviera sono state considerate pretestuose<sup>307</sup>.

In particolare, le paventate difficoltà di attuazione del sistema dell'autorizzazione integrata progettato dal codice è stato smentito dalle simulazioni della sua applicazione e dall'esame di una serie di casi pratici, rispetto ai quali la disciplina prevista ha rivelato una particolare flessibilità.

Per le stesse ragioni è respinta l'accusa di un surrettizio inasprimento del livello di tutela dell'ambiente.

D'altra parte, non sono attendibili le perplessità manifestate in relazione alla effettiva riduzione dei costi burocratici, dato che essa è stata precisamente quantificata e verificata dall'analisi del *Nationale Normenkontrollrat*, che, anzi, ha previsto come conseguenza della codificazione, la possibilità di un impulso allo sviluppo economico e all'occupazione.

Sulla base di queste premesse, la ricerca degli interessi politici contrari ad un'autentica codificazione del diritto ambientale, e ai vantaggi che ne sarebbero scaturiti in termini di semplificazione normativa e amministrativa, ha condotto allora al sospetto che la CSU, con la Baviera, abbia voluto difendere gli interessi delle grandi imprese, capaci di sostenere gli alti costi burocratici e per spese legali, derivanti da una cattiva qualità della legislazione ambientale, insostenibile invece per le piccole e medie imprese<sup>308</sup>.

Il progetto di codice è diventato, così, ostaggio della potestà legislativa differenziata e del correlato procedimento di negoziazione politica, ed è stato la "prima vittima"<sup>309</sup> della imminente campagna elettorale per le elezioni politiche.

Proprio per questo l'idea della codificazione del diritto ambientale non può ritenersi definitivamente fallita nell'ordinamento tedesco<sup>310</sup>.

<sup>303</sup> Sul punto cfr. *Das Umweltgesetzbuch zwischen Rechtswissenschaft und Politik*, resoconto del convegno „Il codice ambientale 2009“, tenutosi a Berlino presso la Humboldt-Universität il 9 e 10 ottobre 2008, W. KÖCK, *Nach dem Scheitern des UGB: wie geht es weiter?*, in *ZUR*, 2009, p. 57 ss.

<sup>304</sup> J. IPSEN, *Die Kompetenzverteilung zwischen Bund und Ländern nach der Föderalismusnovelle*, in *NJW*, 2006, p. 2801 ss., in particolare p. 2804.

<sup>305</sup> Cfr. H. SCHULZE-FIELITZ, *Umweltschutz im Föderalismus –Europa, Bund und Länder*, cit.; M. KOTULLA, *Umweltschutzgesetzgebungskompetenzen und <Föderalismusreform>*, cit.

<sup>306</sup> Sul punto, F. BYDLINSKI, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*, Wien, New York, Springer, II ed., 1991, che giustifica così la difficoltà di attuare le regole per una buona qualità della regolazione, benché esse possano talora apparire perfino banali.

<sup>307</sup> Cfr. le dichiarazioni del Ministro Gabriel rese nel comunicato stampa 33/09, reperibile sul sito [www.bmu.de](http://www.bmu.de).

<sup>308</sup> Cfr. le dichiarazioni del Ministro Gabriel rese nel comunicato stampa 33/09, cit.

<sup>309</sup> Questa è la valutazione espressa dal Consiglio degli esperti epr le questioni ambientali nel comunicato stampa già citato.

<sup>310</sup> In tal senso si vedano le dichiarazioni del Ministro Gabriel, in A. SACH, *Neuer Instrumentenkasten*, in *Das Parlament*, 26, 2009.

### 3. La frammentazione del progetto di codice in leggi “solitarie”.

Accantonato, quanto meno provvisoriamente, il progetto di codice ambientale, la Federazione ha dovuto provvedere con urgenza alla disciplina per la tutela della natura e del paesaggio, e per la tutela dell’acqua.

In seguito alla riforma del federalismo approvata nel 2006, e all’abrogazione della competenza cornice federale, come già si è visto, la Federazione possiede in tali materie, una piena competenza legislativa di tipo *konkurrierende*, svincolata dalla clausola di necessità, a fronte della quale i *Länder* possono esercitare una potestà legislativa di differenziazione, per la tutela della natura, esclusi i principi generali, la tutela delle specie e dell’ambiente marino, (art. 72, terzo comma, n. 2), e per l’acqua, esclusa la disciplina delle sostanze e degli impianti, (art. 72, terzo comma, n. 5).

L’art. 125 b *GG*, inoltre, prevede come già illustrato, una disciplina transitoria secondo la quale la legislazione quadro federale già emanata resta in vigore, e restano fermi gli obblighi dei *Länder* di integrare tale disciplina. Secondo la medesima disposizione, peraltro, questi ultimi possono esercitare la potestà di differenziazione che loro compete secondo il vigente art. 72, terzo comma, *GG*, a partire dal primo settembre 2006 se la Federazione ha fatto uso della propria competenza legislativa, o, comunque, al più tardi, a partire dal primo gennaio 2010. Di qui il rischio di una frammentazione della disciplina, che in mancanza di una disciplina federale condivisa, potrebbe essere differenziata nei sedici *Länder*.

Negli ambiti della tutela dell’acqua e della tutela della natura, il Governo federale ha presentato due disegni di legge che recepiscono il contenuto dei corrispondenti libri del codice<sup>311</sup>, frammentato quindi in leggi „singole“, cioè „solitarie“.

La riforma del diritto ambientale prevede anche la presentazione di un disegno di legge per la tutela dalle radiazioni non ionizzanti, che recepisce la disciplina contenuta nel libro quarto del progetto di codice.

Infine, il Governo ha presentato un disegno di legge per il riassetto del diritto ambientale, *Gesetz zur Rechtsbereinigung im Umweltrecht*, che recepisce una parte della disciplina contenuta nel disegno di legge di introduzione al progetto di codice ambientale, necessaria indipendentemente dall’approvazione del codice, per il riordino della legislazione.

Dopo un breve dibattito in aula, e l’esame in Commissione Ambiente<sup>312</sup>, con numerose richieste di emendamenti, e tenuto conto delle consultazioni già avvenute con il *Bundesrat*, il *Bundestag* ha approvato il 19 giugno 2009<sup>313</sup>, i quattro disegni di legge. Per il 10 luglio è attesa l’approvazione del *Bundesrat*<sup>314</sup>.

Nei paragrafi seguenti si darà conto sinteticamente degli obiettivi essenziali della nuova disciplina.

### 4. La disciplina per la tutela dell’acqua.

Come già anticipato nel precedente capitolo, sulla base della competenza relativa alla legislazione quadro in materia di acque, sulla base dell’articolo 75 della legge fondamentale la Federazione aveva apprestato con la *Wasserhaushaltsgesetz* del 1957, e successive modificazioni, una cornice giuridica unitaria a livello federale in materia di gestione dell’acqua. Questa cornice giuridica è stata continuamente sviluppata ed affinata dal legislatore federale.

<sup>311</sup> I disegni di legge presentati dal Governo federale sono reperibili sul sito del Bundestag, [www.bundestag.de](http://www.bundestag.de), ai numeri: 16/12785, 16/12786, 16/12787, 16/12788.

<sup>312</sup> Cfr. *Umweltausschuss billigt neue Gesetze zum Umweltrecht*, in [www.bundestag.de](http://www.bundestag.de).

<sup>313</sup> Cfr., i dati reperibili all’indirizzo internet [http://www.bundestag.de/bic/a\\_prot/2009/ap16228.html](http://www.bundestag.de/bic/a_prot/2009/ap16228.html).

<sup>314</sup> Sul punto, A. SACH, *Neuer Instrumentenkasten*, cit., nonché le informazioni reperibili sul sito [www.bundestag.de](http://www.bundestag.de).

Lo sviluppo della disciplina delle acque nella Repubblica federale tedesca è sempre stato accompagnato dalle discussioni politiche sulla necessità di un allargamento dei poteri legislativi della Federazione, approdate poi con la riforma del federalismo alle soluzioni già esaminate.

Con la nuova legge per la disciplina delle acque, *Gesetz zur Neuregelung des Wasserrechts*, la Federazione intende procedere ad un completo riordino del settore, tenuto conto anche dei vincoli derivanti dalla direttiva quadro in materia, (2000/60/CE), alla quale dà attuazione attraverso prescrizioni giuridiche unitarie a livello federale.

La disciplina tiene conto del carattere limitato di questa risorsa e del suo significato per la tutela del clima, e delle strette interrelazioni fra tutela dell'acqua e protezione del suolo.

La nuova disciplina si estende a settori in precedenza regolati dalla legislazione dei *Länder*, nei quali si è riscontrato un bisogno di normazione federale unitaria. Nella competenza della Federazione rientra la disciplina della valutazione di impatto ambientale <sup>315</sup>.

### **5. La disciplina della protezione della natura.**

Con la *Gesetz zur Neuregelung des Rechts des Naturschutzes und der Landschaftspflege*, legge per la protezione della natura e la tutela del paesaggio <sup>316</sup>, la Federazione si avvale per la prima volta della potestà legislativa federale prevista dall'art. 74 n. 29, una forma di *konkurrierende Gesetzgebung* svincolata dalla clausola di necessità, resistente alla potestà legislativa differenziata dei *Länder* nelle disposizioni contenenti i principi generali di protezione della natura, la tutela delle specie e la protezione della natura marina, ma per il resto possibile oggetto di una disciplina differenziata stabilita dai *Länder* nei termini previsti dalla *Abweichungsgesetzgebung*.

Con il disegno di legge per la nuova disciplina il Governo federale ha inteso sostituire la disciplina quadro federale con discipline piene, e semplificare e unificare il diritto della protezione della natura con lo scopo di migliorarne la comprensibilità e l'attuazione. Intende, inoltre, dare attuazione delle norme europee vincolanti attraverso prescrizioni giuridiche unitarie a livello federale, ed esercitare la propria competenza nella misura in cui ci sia bisogno di una disciplina unitaria a livello federale. Nell'ambito di questa disciplina, è di particolare significato la riaffermazione del principio della necessaria compensazione "in natura", "reale", dei danni causati alla Natura, salvo che ciò non sia possibile.

### **6. La disciplina per la tutela dalle radiazioni non ionizzanti.**

La legge per la disciplina delle radiazioni non ionizzanti, *Gesetzes zur Regelung des Schutzes vor nichtionisierender Strahlung* <sup>317</sup>, recepisce la corrispondente disciplina contenuta nel progetto di codice.

### **7. La disciplina per il riordino del diritto ambientale.**

La legge per il riordino del diritto ambientale, *Rechtsbereinigungsgesetz Umwelt* <sup>318</sup>, ha lo scopo di procedere ad un limitato riordino del settore attraverso l'abrogazione delle disposizioni divenute prive di una concreta efficacia, anche in conseguenza del nuovo assetto delle competenze stabilito dalla riforma del federalismo. La legge contiene anche importanti chiarimenti relativi agli impianti soggetti a valutazione di impatto ambientale, nonché disposizioni sullo smaltimento dei rifiuti e sui relativi controlli.

<sup>315</sup> Cfr. oltre al testo della disciplina, Drucksache 16/13306, in [www.bundestag.de](http://www.bundestag.de), il comunicato stampa del Governo federale del 19 giugno 2009, in [www.bundesregierung.de](http://www.bundesregierung.de).

<sup>316</sup> Cfr. Drucksache 16/13430 in [www.bundestag.de](http://www.bundestag.de).

<sup>317</sup> Cfr. Drucksache 16/13431 in [www.bundestag.de](http://www.bundestag.de).

<sup>318</sup> Cfr. Drucksache 16/13433 in [www.bundestag.de](http://www.bundestag.de).

### **8. Rilievi conclusivi.**

Non è possibile, oggi, prevedere se il percorso verso un'autentica codificazione del diritto ambientale tedesco sarà di nuovo intrapreso in Germania nell'imminente prossima legislatura, come si intuisce da alcune dichiarazioni dei diversi schieramenti politici.

L'esperienza esaminata resta comunque, indipendentemente dai suoi esiti, un elemento di raffronto utile nelle attuali prospettive di riordino del diritto ambientale italiano, dove l'idea di un'autentica codificazione del diritto ambientale non è stata ancora oggetto di un paragonabile dibattito in sede politica, né di corrispondenti approfondimenti in sede scientifica.

Infine, sul piano della "buona qualità della regolazione", l'esperienza tedesca appare particolarmente apprezzabile per la coerenza delle scelte, e soprattutto per l'astensione nelle sedi istituzionali da ogni abuso degli strumenti di "comunicazione", al fine di contrabbandare per fini propagandistici il reale risultato delle contrattazioni politiche.

Sotto questo profilo, è particolarmente apprezzabile la coerenza con la quale il Ministro Gabriel ha tratto le conclusioni del rifiuto che colpiva la disciplina del procedimento di autorizzazione integrata. Siccome la codificazione del diritto ambientale, come quella di altri settori del diritto pubblico, è innanzitutto disciplina della potestà amministrativa, la mancata approvazione del primo libro del progetto di codice non poteva non sottrarre il loro originario significato per la razionalizzazione del diritto ambientale, alle discipline speciali contenute negli altri libri del progetto, e successivamente recepite in leggi "singole".

**CAPITOLO IV**  
**IL TITOLO UNITARIO DI POTESTÀ STATALE ESCLUSIVA “TUTELA DELL’AMBIENTE E DELL’ECOSISTEMA” E IL RECENTE REVIREMENT GIURISPRUDENZIALE COME PREMESSA DELLA RAZIONALIZZAZIONE DEL DIRITTO AMBIENTALE ITALIANO**

SOMMARIO: 1. – Premessa. - 2. La potestà legislativa statale per la tutela dell’ambiente e dell’ecosistema nel disegno di ripartizione delle competenze legislative. 3. - Interpretazione, “perfezionamento giurisprudenziale” del diritto, illegittimità costituzionale. 4. - Il principio unitario come limite alla revisione delle regole di competenza e gli strumenti di garanzia della Costituzione: dalla sentenza 303/2003 alla sentenza 168/2009. 5. La lettura (italiana) della *konkurrierende Gesetzgebung* tedesca come “deroga all’ordine normale delle competenze” nella giurisprudenza costituzionale e la funzione delle regole costituzionali sulla competenza secondo il Tribunale costituzionale federale tedesco. 6. - La pretesa derogabilità delle regole costituzionali di competenza e la sua giustificazione in sede scientifica: rilievi critici. 7. - L’inesistenza di un autonomo complesso regolativo “diritto ambientale” come fondamento di un generalizzato concorso di competenze statali e regionali nell’assetto costituzionale anteriore alla revisione del Titolo V della Costituzione. 8. - Il diritto ambientale come complesso regolativo di competenza statale esclusiva nell’art. 117, secondo comma, lett. s) Cost. e la sua frammentazione nella giurisprudenza costituzionale. 9. - Gli *standard* minimi e uniformi di tutela come criteri regolatori del concorso di competenze statali e regionali per la tutela dell’ambiente. 10. - La legislazione ambientale e la “chiamata in sussidiarietà”. 11. - La razionalizzazione della giurisprudenza costituzionale in sede scientifica: il modello della “potestà legislativa statale ‘delimitata’ e la concorrente potestà residuale regionale per la tutela dell’ambiente”. 12. - Il *revirement* della giurisprudenza costituzionale: il carattere materiale del bene ambiente come premessa della materia in senso tecnico “tutela dell’ambiente e dell’ecosistema”. 13. - La specialità dello scopo regolativo come criterio generale di qualificazione competenziale: la materia “tutela dell’ambiente e dell’ecosistema”. 14. La scissione fra “l’interesse alla conservazione del bene ambiente” e “gli interessi inerenti alle sue utilizzazioni”.

**1. Premessa.**

Nell’ordinamento italiano è mancato un approfondito dibattito sulla codificazione del diritto ambientale come possibile forma del suo riordino. Fino a un recentissimo passato, infatti, era prevalsa l’idea di procedere alla razionalizzazione di questo settore innanzitutto attraverso una legge costituzionale di principi<sup>319</sup>, in perfetta coerenza con premesse sostanziali ampiamente condivise nella scienza giuridica ambientale<sup>320</sup>.

L’idea di un’autentica codificazione del nostro diritto ambientale, già avanzata in passato da autorevole dottrina<sup>321</sup>, acquista oggi, invece, sempre maggiore credito<sup>322</sup>.

Quelle premesse sostanziali che “discreditavano” l’aspirazione ad un’autentica codificazione, prima fra tutte la ritenuta impossibilità di pervenire ad una definizione del concetto di

<sup>319</sup> M. CECCHETTI, *La disciplina giuridica della tutela ambientale come “diritto dell’ambiente”*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 20 dicembre 2006.

<sup>320</sup> Su questi temi rinvio a A. GRAGNANI, *La codificazione del diritto ambientale: il modello tedesco e la prospettiva italiana*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), 8/2008, anche per ulteriori indicazioni bibliografiche.

<sup>321</sup> P. DELL’ANNO, *Perché non fare un unico codice ambientale?*, in *L’Ambiente è sviluppo <L’Attuazione della Delega ambientale>*, in *Rass. Avv. Stato*, 2005, p. 21 ss., p. 101 ss.; F. GIAMPIETRO, *Né Testo Unico Ambientale né Codice dell’Ambiente ... ma un unico contenitore per discipline differenziate*, in [www.giuristiambientali.it](http://www.giuristiambientali.it), 2006, F. FONDERICO, *<La muraglia e i libri>: legge delega, testi unici e codificazione del diritto ambientale*, in *Giornale dir. amm.*, 2005, p. 585 ss.

<sup>322</sup> Sul tema di recente, A. CELOTTO, *Il codice che non c’è: il diritto ambientale tra codificazione e semplificazione*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), aprile 2009.

ambiente giuridicamente rilevante<sup>323</sup>, hanno costituito anche i capisaldi della giurisprudenza costituzionale sulla ripartizione delle competenze in materia, fino ad un recente *revirement* giurisprudenziale, che mantiene, però, ambigui collegamenti con la precedente impostazione.

L'art. 12 della legge 69/2009 ha riaperto il dibattito sulla razionalizzazione del diritto ambientale, delegando il Governo all'emanazione di decreti legislativi correttivi del d.lgs. 152/2006, il c.d. "codice ambientale". In attesa di poter conoscere con sufficiente dettaglio le proposte in materia preparate dal Governo, che probabilmente non procederà ad un'autentica codificazione, che non pare possibile nel termine del 30 giugno 2010, previsto dalla legge delega, conviene esaminare la ancora controversa questione della ripartizione di competenze fra Stato e Regioni nel diritto ambientale. Un chiarimento in materia appare infatti un presupposto indefettibile di ogni progetto di riordino.

## **2. La potestà legislativa statale per la tutela dell'ambiente e dell'ecosistema nel disegno di ripartizione delle competenze legislative.**

Un titolo unitario di potestà legislativa statale esclusiva per la "tutela dell'ambiente e dell'ecosistema" è stato introdotto nella Costituzione italiana nell'ambito del più ampio disegno di revisione dell'assetto delle competenze approvato con la legge costituzionale 3/2001.

Tuttavia, l'entrata in vigore della riforma del Titolo V della Costituzione non ha sancito né l'immediata affermazione di una sfera di disciplina statale unitaria corrispondente nella sua concreta estensione a quella potenzialmente racchiusa nell'art. 117, secondo comma lett. s) Cost., né la contestuale preclusione di una parallela autonomia normativa regionale, che è rimasta frammentata in alcuni degli ambiti materiali nei quali, anteriormente alla riforma costituzionale, la legislazione ambientale aveva conosciuto i suoi primi sviluppi<sup>324</sup>. La portata innovativa dell'art. 117, lett. s), è stata a lungo disconosciuta, infatti, dalla giurisprudenza costituzionale che ne ha svalutato il tenore letterale.

In primo luogo, la tutela dell'ambiente e dell'ecosistema è stata qualificata dalla Corte come "materia-non materia", e così l'ambito di estensione delle prerogative statali è stato ridotto alla definizione di *standard* minimi e uniformi di protezione dell'ambiente<sup>325</sup>.

In secondo luogo, al carattere esclusivo della competenza statale per la tutela dell'ambiente e dell'ecosistema non sempre è stata collegata la tradizionale presunzione dell'incondizionata immanenza degli interessi unitari individuati dallo Stato. Invero, non solo questa competenza è stata giudicata incapace di escludere l'esercizio di una potestà regionale diretta a conseguire la medesima finalità di tutela<sup>326</sup>, ma la stessa realizzazione degli interessi unitari di protezione dell'ambiente, talvolta, è stata subordinata dalla giurisprudenza ai presupposti sostanziali e procedurali della "chiamata in sussidiarietà"<sup>327</sup>.

<sup>323</sup> A ciò si univa l'idea che non fosse possibile procedere ad una razionalizzazione e ad una conseguente stabilizzazione della disciplina con una fonte ordinaria, sul punto, con particolare riferimento alle clausole di sola abrogazione espressa, rinvio a A. GRAGNANI, *La codificazione del diritto ambientale: il modello tedesco e la prospettiva italiana*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), 2008, anche per ulteriori indicazioni bibliografiche.

<sup>324</sup> In particolare, lo Stato con il d.p.r. 616/1977 incluse nelle attribuzioni spettanti alle Regioni ordinarie la nuova materia "tutela dell'ambiente dagli inquinamenti", della quale ancora non era maturata la consapevolezza nella determinazione degli elenchi di materie in Assemblea costituente; successivamente, il d.lgs. 112/1998 riconosceva alle Regioni ordinarie la competenza relativa a "territorio, ambiente, infrastrutture".

<sup>325</sup> Cfr. Corte costituzionale, sentenza 26 luglio 2002, n. 407, in *Le Regioni*, 2003, con note di M. CECCHETTI, *Legislazione statale e legislazione regionale per la tutela dell'ambiente: niente di nuovo dopo la riforma costituzionale del Titolo V ?*, p. 318 e ss., e di S. MANGIAMELI, *Sull'arte di definire le materie dopo la riforma del titolo V della Costituzione*, p. 337 ss.

<sup>326</sup> P. CARETTI, *La disciplina dei diritti fondamentali è materia riservata alla Costituzione*, in *Le Regioni*, 2005, p. 27 ss., p. 28.

<sup>327</sup> Sul punto, a A. GRAGNANI, *La codificazione del diritto ambientale: il modello tedesco e la prospettiva italiana*, cit.

Successivamente, a partire dalla sentenza 378/2007<sup>328</sup>, sotto l'egida di un'asserita continuità giurisprudenziale, il giudice costituzionale ha contraddetto testualmente la propria precedente interpretazione dell'art. 117, secondo comma, lett. s) Cost., quale "materia-non materia", e ha riconosciuto il carattere esclusivo di tale competenza nel senso tradizionale della qualificazione giuridica.

Attraverso una rielaborazione dei concetti di "ambiente" e di "ecosistema", questo recente indirizzo della giurisprudenza perviene all'individuazione di due collegati, ma distinti, titoli di competenza racchiusi nell'art. 117 lett. s).

Le nuove determinazioni concettuali assunte dalla Corte, accanto ad un'apprezzabile valorizzazione della portata profondamente innovativa sottesa al nuovo titolo di competenza esclusiva statale, includono alcune argomentazioni funzionali alla distinzione dei medesimi ambiti materiali rispetto ai settori contigui di competenza regionale, che, invece, appaiono non del tutto convincenti e adeguate rispetto all'obiettivo perseguito. Proprio a questi profili problematici si ricollegano persistenti incertezze e contraddizioni (perfino testuali) nella definizione giurisprudenziale dell'assetto costituzionale delle competenze per la legislazione ambientale.

Queste difficoltà di attuare il sistema prefigurato con la revisione del Titolo V potrebbero teoricamente essere risolte, come vedremo, in buona parte in via interpretativa, dato che nel diritto ambientale esse non scaturiscono da una difettosa valutazione della dislocazione degli interessi unitari imputabile al legislatore –a differenza di quanto è accaduto per altre materie, come "produzione, trasporto, distribuzione nazionale dell'energia"– bensì dipendono, essenzialmente, dalla convinzione della pretesa impossibilità di individuare una definizione giuridicamente apprezzabile del concetto di ambiente, assunta dal giudice costituzionale come premessa di correlati criteri di distribuzione della potestà legislativa in materia ambientale, ma oggi gradualmente abbandonata dal medesimo giudice.

Tuttavia, poiché la potestà legislativa per la tutela dell'ambiente costituisce una componente fondamentale nel complessivo equilibrio della ripartizione delle competenze, e dato che esso per realizzarsi deve essere accettabile nel suo insieme nei concreti rapporti fra Stato e autonomie in un dato contesto reale, la pratica possibilità di realizzare l'assetto di competenze ottimale per le esigenze di questo settore dipende anche dall'esistenza di un tale stabile quadro complessivo.

A distanza di otto anni dall'entrata in vigore del nuovo Titolo V della Costituzione, invece, mancano ancora le coordinate di riferimento per individuare con una ragionevole certezza l'ordine costituzionale delle competenze e renderlo prevedibile nei suoi concreti sviluppi. Con la precisazione che per certezza delle regole di competenza, si intende la possibilità di fare affidamento sui criteri inderogabili che in una Costituzione rigida devono presiedere alla qualificazione competenziale della disciplina di volta in volta progettata. La rigidità dell'ordine delle competenze legislative, cioè la predeterminazione delle prerogative del legislatore statale e di quello regionale secondo regole disponibili soltanto attraverso il procedimento di revisione costituzionale, non include, invece, la pretesa della possibilità di un'anticipata conoscenza dei risultati dell'attività di qualificazione della legislazione relativa agli specifici settori dell'ordinamento. Il piano dell'astratta predeterminazione dell'assetto delle competenze e quello della qualificazione della legislazione, infatti, sono distinti.

La precisazione, peraltro, è resa necessaria dalla diffusa e nota convinzione, sostenuta a partire dalla celebre sentenza 303/2003, innanzitutto dalla Corte costituzionale, che l'ordine delle competenze sia divenuto derogabile e flessibile, con l'ulteriore precisazione dottrinale della

<sup>328</sup> Sulla sentenza 14 novembre 2007, n. 378, A. GRAGNANI, *La codificazione del diritto ambientale: il modello tedesco e la prospettiva italiana*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), 2008, P. DELL'ANNO, *La tutela dell'ambiente come "materia" e come valore costituzionale di solidarietà e di elevata protezione*, in [www.lexambiente.it](http://www.lexambiente.it), novembre 2008, D. PORENA, *L'ambiente come "materia" nella recente giurisprudenza della Corte costituzionale: "solidificazione" del valore ed ulteriore "giro di vite" sulla competenza regionale*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), febbraio 2009, M. CECCHETTI, *La materia "tutela dell'ambiente e dell'ecosistema" nella giurisprudenza costituzionale: lo stato dell'arte e i nodi irrisolti*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), aprile 2009.

necessità di interrogarsi di nuovo sul significato del principio di rigidità costituzionale, per concludere che la Costituzione “non delinea un ordine astratto ed assoluto di attribuzioni, perché altrimenti sarebbero negati altri principi, anch’essi costituzionali”<sup>329</sup>.

L’impostazione non convince<sup>330</sup>, benché essa sia ampiamente condivisa, e merita qualche riflessione per il timore che intenda, o comunque possa offrire una cornice concettuale per giustificare, indirettamente, un generale fenomeno di allontanamento del reale assetto delle competenze dal disegno scritto nelle regole costituzionali. Scostamento che è fonte di notevoli incertezze delle regole di competenza, e che ha interessato sia l’interpretazione della tipologia delle competenze, sia l’interpretazione del titolo previsto dall’art. 117, secondo comma, lett. s) Cost.

Conviene muovere la ricerca dei chiarimenti relativi alla titolarità della potestà legislativa in materia ambientale nella prospettiva del suo riordino, da una sintetica rassegna dei punti deboli della concezione dell’ordine delle competenze introdotta con la sentenza 303/2003<sup>331</sup>, per poi riflettere ulteriormente su questa giurisprudenza costituzionale che, fra tante critiche di incoerenza, ha comunque suscitato una sentita ammirazione ed è senza dubbio meritevole di rispetto per avere reso possibile l’attuazione del nuovo disegno delle competenze nel rispetto dei principi fondamentali della Costituzione.

Il fenomeno dell’allontanamento del reale assetto delle competenze dal testo scritto della Costituzione, iniziato a partire dalla fondamentale decisione della Corte costituzionale 303/2003, è divenuto sempre più evidente e si è progressivamente esteso. E’ ovvio, peraltro, che esso è inconciliabile con l’attenzione che l’ordinamento dedica alla buona qualità della legislazione, e rischia di pregiudicare il conseguimento dei relativi obiettivi.

Questa parte del lavoro, dedicata alla verifica dei chiarimenti del quadro delle competenze necessari per farne l’indispensabile spina dorsale di una autentica codificazione, inizierà perciò con una riflessione sul metodo seguito dalla Corte per giustificare l’allontanamento dal testo scritto nella Costituzione, attraverso le “chiamate in sussidiarietà”, mentre del merito di queste decisioni saranno ricordati solo i passaggi più significativi, essendo esse ormai ampiamente note e già oggetto di attente analisi.

L’indagine si concentrerà, successivamente, sulla ricerca di criteri adeguati alla interpretazione dell’unitario titolo di potestà legislativa statale per la tutela dell’ambiente e dell’ecosistema e sulle problematiche relative alla qualificazione competenziale della legislazione ambientale.

Per semplificare l’esposizione conviene far precedere l’esame della giurisprudenza costituzionale da una griglia concettuale delle opzioni a disposizione della Corte per la decisione

<sup>329</sup> F. BENELLI, *La <smaterializzazione> delle materie*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 167 ss., e p. 144 ss., che esprime in una sintesi molto efficace il pensiero condiviso da un’ampia letteratura.

<sup>330</sup> Una condivisibile critica sul punto in L. VIOLINI, *I confini della sussidiarietà: potestà legislativa "concorrente", leale collaborazione e "strict scrutiny"*, in *Le Regioni*, 2004, p. 587 ss., in particolare p. 593 ss.

<sup>331</sup> Ad una riflessione sulla storica sentenza 1 ottobre 2003, n. 303, della Corte costituzionale che, come noto, ha introdotto nell’ordinamento la “chiamata in sussidiarietà” della potestà legislativa dopo più di cinque anni dalla sua pubblicazione, sono dedicati i contributi in *Le Regioni*, 2008, di G. FALCON, V. ONIDA, A. ANZON, R. BIFULCO, R. BIN, P. CARETTI, A. D’ATENA, S. MANGIAMELI, E. ROSSI, A. RUGGERI, I. RIGGIU, R. TOSI, L. VANDELLI. Restano comunque attuali le prime analisi della medesima decisione: A. D’ATENA, *L’allocazione delle funzioni amministrative in una sentenza ortopedica della Corte costituzionale*, p. 2776 ss., di A. ANZON, *Flessibilità dell’ordine delle competenze legislative e collaborazione tra Stato e Regioni*, p. 2782 ss., di A. MOSCARINI, *Sussidiarietà e Supremacy Clause sono davvero perfettamente equivalenti ?*, p. 2791 ss.; sulla medesima pronuncia A. RUGGERI, *Il parallelismo “redivivo” e la sussidiarietà legislativa (ma non regolamentare...)* in una storica (e, però, solo in parte soddisfacente) pronuncia, pubblicata in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 2003; R. DICKMANN, *La Corte costituzionale attua (ed integra) il Titolo V*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 6 novembre 2003, F. CINTIOLI, *Le forme dell’intesa e il controllo sulla leale collaborazione dopo la sentenza 303 del 2003*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 2003; P. CARETTI, *La Corte e la tutela delle esigenze unitarie: dall’interesse nazionale al principio di sussidiarietà*, in *Le Regioni*, 2004, 381 ss.; A. CORPACI, *Attribuzione delle funzioni amministrative e titolarità della potestà legislativa di disciplina delle stesse*, in *Le Regioni*, 2004, p. 423 ss.; S. BARTOLE, *Collaborazione e sussidiarietà nel nuovo ordine regionale*, in *Le Regioni*, 2004, p. 578 ss.; L. VIOLINI, *I confini della sussidiarietà: potestà legislativa "concorrente", leale collaborazione e "strict scrutiny"*, cit. p. 593 ss.

delle questioni di costituzionalità che hanno reso applicabile il nuovo Titolo V della Costituzione: l'interpretazione in senso stretto, l'interpretazione in senso lato o perfezionamento giurisprudenziale del diritto, e, come estrema ipotesi, la dichiarazione di illegittimità costituzionale.

### **3. Interpretazione, “perfezionamento giurisprudenziale” del diritto, illegittimità costituzionale.**

Sul piano astratto è chiara la distinzione fra interpretazione in senso stretto, “perfezionamento giurisprudenziale” del diritto, (*Rechtsfortbildung* secondo la felice espressione della *Methodenlehre* tedesca)<sup>332</sup> e garanzia dei principi e delle regole costituzionali attraverso il sindacato di costituzionalità.

L'attività propriamente interpretativa consiste nella scelta fra i diversi significati plausibili secondo il tenore letterale della legge, di quello che appare il più giusto in base ai criteri interpretativi, e tenuto conto di alcuni fondamentali canoni che guidano l'attività dell'interprete, innanzitutto, l'unità dell'ordinamento giuridico, la funzione di pacificazione sociale del diritto e il principio della separazione dei poteri<sup>333</sup>. Profilo quest'ultimo sancito dal necessario collegamento fra teoria dell'interpretazione e teoria dello Stato<sup>334</sup>.

Opportunamente, i confini dell'attività interpretativa propriamente detta sono individuati nei possibili significati del testo<sup>335</sup>, proprio perché essa mira a precisarne il senso.

Dall'interpretazione in senso stretto si distinguono l'integrazione e la correzione della disciplina attraverso l'estensione analogica e la restrizione teleologica, che intendono colmare le lacune nella formulazione della legge e le “lacune di valutazione” del legislatore<sup>336</sup>. Tali attività sono talora ricomprese in un concetto più ampio di interpretazione, ma sono meglio descritte come “perfezionamento giurisprudenziale” del diritto, dato che il giudice non sceglie fra i possibili significati che possono essere ascritti alla legge, bensì completa, perfeziona la disposizione alla luce di superiori esigenze di giustizia riconosciute dall'ordinamento come inderogabili.

<sup>332</sup> K. LARENZ, C.W. CANARIS, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlin, Heidelberg, New York, Springer, 1995, p. 187 ss., R. ZIPPELIUS, *Juristische Methodenlehre*, München, Beck, X ed. rivista, p. 46 ss.

<sup>333</sup> Per un ampio esame del concetto di interpretazione, fra gli altri F. VIOLA, G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione*, Roma-Bari, Laterza, I ed., 1999, p. 105 ss.; sull'interpretazione della Costituzione, L. MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano, Giuffrè, 1996, specialmente p. 115 ss., V. BONCINELLI, P. CARETTI, *L'interpretazione della Costituzione: linee di tendenza dottrinarie e giurisprudenziali*, in *Diritto privato 2001-2002*, VII-VIII, 2003, p. 211 ss., G. SORRENTI, *L'interpretazione conforme a Costituzione*, Milano, Giuffrè, 2006, E. CHELI, F. DONATI, *La creazione giudiziale del diritto nelle decisioni dei giudici costituzionali*, in *Dir. Pubbl.*, 2007, p. 155 ss., M. LUCIANI, *Le funzioni sistemiche della Corte costituzionale, oggi, e l'interpretazione “conforme a”*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 8 agosto 2007.

<sup>334</sup> Sul tema, J. NEUNER, *Die Rechtsfindung contra legem*, München, Beck, II ed., 2005.

<sup>335</sup> Sui limiti dell'interpretazione conforme a Costituzione la giurisprudenza del Tribunale costituzionale federale tedesco, (ad esempio la decisione del 22 ottobre 1985, in *BVerfGE* 71, 81 che ne scolpisce i limiti con riferimento al tenore letterale e al riconoscibile significato della disposizione), ha costituito un punto di riferimento anche per la riflessione italiana; sull'inopportunità di forzare i medesimi limiti, tra gli altri M. LUCIANI, *Le funzioni sistemiche della Corte costituzionale, oggi, e l'interpretazione “conforme a”*; sul tema nella letteratura tedesca, con particolare riferimento all'obbligo di dichiarazione di incostituzionalità delle leggi incostituzionali e alle conseguenze in termini di certezza del diritto del superamento dei limiti dell'interpretazione conforme, R. ZIPPELIUS, *Juristische Methodenlehre*, cit., p. 46 ss., J. NEUNER, *Die Rechtsfindung contra legem*, München, Beck, I ed. 1992, II ed. rivista 2005; per un'analisi in una prospettiva comparata con l'ordinamento italiano, di particolare interesse il saggio di D. SCHEFOLD, *Verfassungskonforme Auslegung zwischen Italien und Deutschland*, in *Verfassungen zwischen Recht und Politik, Festschrift zum 70. Geburtstag für Hans-Peter Schneider*, a cura di F. Hufen, Baden-Baden, Nomos, 2008, p. 380 ss.

<sup>336</sup> Sul tema è fondamentale lo studio di C.W. CANARIS, *Die Feststellung von Lücken im Gesetz: eine methodologische Studie über Voraussetzungen und Grenzen der richterlichen Rechtsfortbildung praeter legem*, Berlin, Duncker & Humblot, II ed rivista, 1983. Ricorda la distinzione dei due tipi di lacune, R. ZIPPELIUS, *Juristische Methodenlehre*, cit., p. 64 ss., al quale si fa riferimento per la sintesi delle caratteristiche fondamentali del perfezionamento giurisprudenziale del diritto.

Si ha una lacuna nella formulazione della legge, quando il testo legislativo non dà una direttiva di comportamento completa, cosicché per essere applicata la disposizione richiede un'integrazione.

Si ha una lacuna valutativa quando l'enunciato legislativo sarebbe applicabile secondo il suo tenore letterale, tuttavia il medesimo testo richiede una correzione perché si accerta che il legislatore non ha preso in considerazione e adeguatamente valutato un caso problematico la cui esclusione o inclusione nella stessa disciplina, condurrebbe a risultati irragionevoli, contrastanti con il fondamentale principio di eguaglianza o con superiori esigenze di giustizia.

L'ammissibilità di una deviazione giurisprudenziale dal tenore letterale della legge presuppone che il testo della disposizione renda plausibile l'ipotesi di una lacunosa valutazione del legislatore<sup>337</sup>.

Viceversa, secondo questa condivisibile impostazione, il perfezionamento in via giurisprudenziale incontra il proprio limite nell'impossibilità di ascrivere alla disposizione legislativa un significato che il suo tenore letterale sicuramente intende escludere, ovvero nell'impossibilità di sottrarre alla sua disciplina un caso che essa intende sicuramente comprendere. In tali ipotesi, infatti, il testo non è né lacunoso né sovrabbondante. Per questa via è possibile segnare il discrimine fra legittimazione del perfezionamento giurisprudenziale e necessità di una dichiarazione di illegittimità costituzionale. In altri termini qualora il testo legislativo escluda chiaramente l'eventualità che non siano stati presi in considerazione dal legislatore i casi problematici, mentre è riconoscibile che essi sono stati presi in considerazione e assoggettati a una disciplina in contrasto con superiori esigenze di giustizia tradotte in disposizioni costituzionali, la garanzia di queste ultime richiede una pronuncia di incostituzionalità<sup>338</sup>, se del caso manipolativa, purché la correzione del testo non urti con altri principi costituzionali<sup>339</sup>.

L'individuazione del confine, superato il quale la correzione della legge richiede una pronuncia di incostituzionalità, ovviamente, può essere in concreto assai problematica. Inoltre, il perfezionamento giurisprudenziale attraverso la riduzione teleologica e l'analogia è ammesso solo se sussiste una serie di condizioni desumibili dal necessario collegamento fra teoria dell'interpretazione e teoria dello stato, e degli ulteriori specifici limiti posti eventualmente dal diritto positivo<sup>340</sup>.

In primo luogo, occorre che la superiore esigenza di giustizia, (espressa innanzitutto nel fondamentale canone di eguaglianza), sia anche capace nel caso concreto di giustificare una compressione del principio di separazione dei poteri, che affida al legislatore la funzione legislativa, e del principio della certezza del diritto, che ha la sua prima espressione nell'enunciazione del comando legislativo attraverso un testo scritto.

In secondo luogo, la possibilità di procedere alla restrizione teleologica o all'analogia è subordinata all'inesistenza di specifici divieti in tal senso, espressi o desumibili da disposizioni costituzionali, ad esempio il principio di tassatività in materia penale.

Occorre poi considerare che il superamento di una lacuna in via giurisprudenziale non è possibile se la soluzione del caso problematico richiede per la complessità della questione, un'istruttoria che il giudice non ha i mezzi per svolgere, o per gli interessi coinvolti esige un ampio dibattito democratico e un confronto di opinioni che non è possibile esaurire in sede processuale.

Per completare il quadro, conviene procedere a una rapida riflessione sul rapporto fra principi e regole costituzionali.

<sup>337</sup> R. ZIPPELIUS, *Juristische Methodenlehre*, cit., p. 79.

<sup>338</sup> Sull'interpretazione conforme a Costituzione e sui suoi limiti, oltre agli Autori citati alla precedente nota 7, J. NEUNER, *Die Rechtsfindung contra legem*, cit., in particolare p. 85 ss.

<sup>339</sup> Di recente, sulle decisioni manipolative della Corte costituzionale, nell'ambito di una puntuale disamina della tipologia delle pronunce della Corte, G. SORRENTI, *Le dinamiche dell'interpretazione conforme tra Corte costituzionale e Corte di cassazione*, in *Studium Iuris*, 2008, p. 284 ss., in particolare p. 293.

<sup>340</sup> Per una condivisibile analisi, R. ZIPPELIUS, *Juristische Methodenlehre*, cit., 64 ss.

In particolare è opportuno precisare che in via generale l'applicazione dei principi è sussidiaria rispetto a quella delle regole<sup>341</sup>. Quando il legislatore di revisione costituzionale concretizza un principio attraverso una regola anch'essa costituzionale esercita la prerogativa di legiferare, che gli compete purché rispetti i limiti previsti per la revisione della Costituzione.

D'altra parte, le regole devono essere interpretate alla luce dei principi che le ispirano, (ma ovviamente non secondo principi diversi), e tenuto conto delle regole che concretizzano altri principi, in modo da ricomporre ad unità l'ordinamento e garantirne la coerenza. Ciascuna regola, perciò, invero uno di quei limiti "delle possibilità di diritto", che insieme a quelli "delle possibilità di fatto", definiscono -come evidenzia Alexy<sup>342</sup>- la cornice entro la quale è possibile la realizzazione dei principi intesi come precetti di ottimizzazione. E' vero, secondo l'opinione di Alexy, che la preferenza delle regole incontra, a sua volta, il limite dell'esistenza di "ragioni superiori" che giustificano, ma solo eccezionalmente, una deroga al tenore letterale della Costituzione. La "superiorità" di tali ragioni, però, proprio per il suo carattere eccezionale<sup>343</sup>, non può essere giustificata con un generico rinvio ad esigenze di bilanciamento fra disposizioni costituzionali, ma deve essere oggetto di una specifica argomentazione.

Peraltro, sotto questo profilo, rispetto al pensiero di Alexy, è più convincente quella dottrina che perviene all'affermazione dell'incondizionata preferenza delle regole sui principi, purché si tratti di regole conformi a Costituzione<sup>344</sup>. Sulla base di queste premesse, la collisione fra principi e regole vede la prevalenza delle seconde indipendentemente dalla loro collocazione gerarchica nel sistema delle fonti, ma sempre alla condizione della loro conformità alla fonte di rango precedente.

Pertanto, se una collisione fra principi e regole si produce fra fonti di rango costituzionale, essa può essere risolta, eventualmente, in favore della disposizione di principio che sia accertata come prevalente attraverso una specifica argomentazione, secondo il pensiero di Alexy, ovvero, secondo la diversa via della dichiarazione di incostituzionalità, se si accoglie la teoria delle norme costituzionali incostituzionali, secondo la quale è riconoscibile nel testo costituzionale l'esistenza di un nucleo normativo di rango superiore rispetto alle altre disposizioni costituzionali, tale da costituire un limite anche alla revisione costituzionale, secondo la strada conseguente all'impostazione di Neuner.

#### **4. Il principio unitario come limite alla revisione delle regole di competenza e gli strumenti di garanzia della Costituzione: dalla sentenza 303/2003 alla sentenza 168/2009.**

Nelle pronunce che hanno integrato e corretto le regole di competenza introdotte con la revisione del Titolo V, la Corte costituzionale non ha dato conto di tutte le complesse questioni di metodo giuridico e di tecnica decisoria che, vista la loro importanza, avrà dovuto specificamente affrontare e risolvere<sup>345</sup>.

<sup>341</sup> R. ALEXY, *Theory der Grundrechte*, Frankfurt am Mein, Suhrkamp, I ed. 1985, II ed. 1994, in particolare p. 121-122; J. NEUNER, *Die Rechtsfindung contra legem*, München, Beck, I ed. 1992, II ed. rivista 2005, p. 129 ss., evidenzia che i principi restano sussidiari rispetto alle regole anche quando essi hanno rango costituzionale, e a condizione della legittimità costituzionale delle regole. Per l'applicazione che di questa dottrina è stata fatta nel progetto di codice ambientale tedesco, A. GRAGNANI, *La codificazione del diritto ambientale: il modello tedesco e la prospettiva italiana*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), 2008.

<sup>342</sup> R. ALEXY, *Theory der Grundrechte*, cit., p. 75-76.

<sup>343</sup> R. ALEXY, *Theory der Grundrechte*, cit.

<sup>344</sup> J. NEUNER, *Die Rechtsfindung contra legem*, cit., che sul punto esplicitamente distingue la propria posizione da quella di Alexy.

<sup>345</sup> Per un inquadramento del tema attraverso un'analisi della tipologia delle pronunce della Corte costituzionale in sede di sindacato sulla legge ordinaria, E. CHELI, F. DONATI, *La creazione giudiziale del diritto nelle decisioni dei giudici costituzionali*, cit., dove gli Autori pervengono alla condivisibile conclusione dell'esigenza di una visione pragmatica dei rapporti fra giudice costituzionale e legislatore, ed evidenziano come il compito del giudice costituzionale "non è tanto quello di occupare gli spazi lasciati liberi dalla politica, quanto quello di garantire, ai fini della difesa dei diritti dei cittadini, il funzionamento corretto ed efficace dei poteri che dalla politica emanano". Con

In particolare il giudice costituzionale ha eluso la necessità di giustificare la privazione di qualsiasi efficacia all'art. 117 IV comma Cost., laddove stabilisce che la potestà legislativa spetta alle Regioni in ogni materia non espressamente riservata alla legislazione dello Stato.

Peraltro, il presupposto comune delle pronunce che hanno esteso la potestà legislativa statale rispetto a quanto previsto dall'art. 117 Cost. è proprio che la garanzia delle istanze unitarie non possa essere limitata alle materie espressamente attribuite alla potestà legislativa statale.

Nella sentenza 303/2003 la Corte nega la vera "fonte" di questo criterio generale qualificandolo *tout court* come pretesa avanzata dalle ricorrenti, secondo un espediente che la Corte ha utilizzato anche in altre occasioni. In questo modo il giudice costituzionale evita di formalizzare l'ipotesi del contrasto di questa regola di competenza con l'art. 5 della Costituzione. Al tempo stesso il giudice elude anche la difficile scelta collegata alla prima: risolvere l'antinomia attraverso una specifica argomentazione a sostegno dell'esistenza di quelle "ragioni superiori" eccezionalmente capaci di rendere un principio prevalente su una regola, ovvero attraverso una dichiarazione di illegittimità della regola costituzionale che contrasta con un principio costituzionale di rango superiore, in adesione alla dottrina delle norme costituzionali incostituzionali. Al riguardo, come noto, la Corte italiana non ha espressamente teorizzato una scala di valori costituzionali, ma ha riconosciuto un certo gradualismo<sup>346</sup> fra disposizioni costituzionali, e ha recepito nella sua giurisprudenza la teoria delle norme costituzionali incostituzionali<sup>347</sup>, ammettendo con ciò che dal carattere fondamentale di una disposizione costituzionale è possibile desumere un criterio regolatore delle collisioni fra principi e regole costituzionali.

Il difficile percorso della formalizzazione di un contrasto fra l'art. 117, IV comma, Cost., e l'art. 5, che avrebbe presentato il vantaggio di una migliore garanzia del contraddittorio, ma anche l'inconveniente di una esposizione politica del giudice costituzionale difficile da sostenere sul piano istituzionale, non è stato intrapreso dalla Corte, benché un'allusione a questa "sostanza" della problematica sia contenuta in apertura della motivazione, laddove lo stesso giudice afferma che il criterio della espressa attribuzione della potestà statale, preteso dalle Regioni (*rectius* scritto in Costituzione) circonderebbe le loro competenze di "garanzie ferree", ma si risolverebbe in una svalutazione "oltremisura" delle istanze unitarie, tutelate dal principio di unità e indivisibilità della Repubblica, proclamato dall'art. 5 Cost.<sup>348</sup>.

Anziché procedere ad una diretta privazione di efficacia del criterio della espressa attribuzione della competenza statale, la Corte riscontra una lacuna di valutazione nell'art. 118 Cost., la integra, e "costruisce" così un'altra regola costituzionale che ritiene capace di limitare l'art. 117, IV comma.

L'art. 5 Cost., proprio in quanto norma di principio, non predetermina le fattispecie in cui il principio unitario deve trovare applicazione. Oltre che nelle regole di competenza legislativa fissate dall'art. 117, secondo e terzo comma, esso trova espressione, come rilevato dalla Corte, nella regola posta dall'art. 118, che dispone l'attribuzione allo Stato delle funzioni amministrative quando ciò sia necessario per assicurarne l'esercizio unitario, secondo i principi di sussidiarietà ed adeguatezza. A sua volta, l'art. 118 non delimita la sua sfera di applicazione con riferimento a determinati ambiti materiali. Il giudice costituzionale accerta in questo caso una lacuna, e la colma. Secondo la Corte, infatti, la regola stabilita all'art. 118 Cost. vale sicuramente negli ambiti riferiti alla legislazione concorrente, dove il legislatore costituzionale ha rilevato la possibile esistenza di istanze sia unitarie che autonomistiche. Peraltro, è dal principio di legalità, e non da quello unitario, che il giudice costituzionale fa direttamente scaturire una necessaria integrazione della regola posta dall'art. 118.

---

riferimento alla giurisprudenza costituzionale sui principi e sulle regole di competenza, O. CHESSA, *Sussidiarietà ed esigenze unitarie: modelli giurisprudenziali e modelli teorici a confronto*, in *Le Regioni*, 2004, p. 941 ss.

<sup>346</sup> A. CERRI, *Prolegomeni ad un corso sulle fonti del diritto*, cit., p. 62 ss.

<sup>347</sup> Sulla competenza della Corte costituzionale a sindacare le leggi di revisione costituzionale, A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale*, Milano, Giuffrè, V ed. 2008, p. 96 ss.

<sup>348</sup> Così Corte costituzionale, 303/2003 cit., n. 2.1 della motivazione.

Così la Corte evita il diretto contrasto fra art. 117, IV comma, e art. 5 Cost. L'allocazione della funzione amministrativa in capo allo Stato chiede un fondamento legislativo, e, dunque, l'attrazione in sussidiarietà anche della potestà legislativa, sulla base del procedimento disegnato dalla Corte stessa e denominato "chiamata in sussidiarietà". Precisa al riguardo la Corte, che "i principi di sussidiarietà e di adeguatezza convivono con il normale riparto di competenze legislative contenuto nel Titolo V e possono giustificare una deroga solo se la valutazione dell'interesse pubblico sottostante all'assunzione di funzioni regionali da parte dello Stato sia proporzionata, non risulti affetta da irragionevolezza alla stregua di uno scrutinio stretto di costituzionalità, e sia oggetto di un accordo stipulato con la Regione interessata".

Come evidenziato dalla dottrina, l'iter argomentativo seguito dalla Corte non è condivisibile, giacché il principio di legalità esige soltanto un fondamento legislativo della potestà amministrativa, ma non anche l'unitarietà di tale fonte<sup>349</sup>. E' il principio della unità e indivisibilità della Repubblica sancito dall'art. 5 Cost., invece, a richiedere una fonte unitaria statale per una adeguata garanzia delle corrispondenti istanze<sup>350</sup>.

In altri termini la Corte ha limitato la regola espressione del principio autonomistico scritta all'art. 117, IV comma, attraverso una speciale regola di competenza ispirata al principio unitario, frutto della propria opera di perfezionamento giurisprudenziale, doveroso a garanzia dell'inderogabile principio sancito dall'art. 5, ma inconciliabile con il criterio dell'attribuzione alle Regioni delle materie non espressamente riservate allo Stato. In nessun modo, infatti, l'art. 118 può essere considerata una regola di espressa attribuzione della potestà legislativa.

Di fronte all'inerzia del legislatore, l'indirizzo giurisprudenziale inaugurato dalla sentenza 303/2003 si è affermato e continua a orientare il concreto assetto delle competenze.

La Corte, in successive pronunce, ha ulteriormente esteso la potestà legislativa statale attraverso la chiamata in sussidiarietà.

Con la sentenza 6/2006 il giudice costituzionale ha legittimato la chiamata in sussidiarietà per l'esercizio unitario delle funzioni amministrative anche nelle materie di competenza residuale, sebbene in questi ambiti normativi il legislatore costituzionale non abbia contemplato alcun potere legislativo statale, presumendo la irrilevanza degli interessi unitari, o comunque, la prevalenza degli interessi autonomistici, e attirandosi, perciò, le meritate critiche della dottrina<sup>351</sup>.

Altre decisioni segnano, infine, l'allontanamento del giudice costituzionale dall'originario fondamento da esso stesso elaborato per la "chiamata in sussidiarietà".

Al riguardo sono particolarmente significative la sentenza 88/2007 e la sentenza 168/2009.

Con la sentenza 88/2007<sup>352</sup>, infatti, in materia di competenza residuale regionale, la Corte ha giudicato legittima l'attrazione in sussidiarietà da parte dello Stato della potestà legislativa per la

<sup>349</sup> A. D'ATENA, *L'allocazione delle funzioni amministrative in una sentenza ortopedica della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2003, p. 2776 ss. Su questo profilo, e più in generale per un esame della sentenza 303/2003, M. PICCHI, *L'autonomia amministrativa delle Regioni*, Milano, Giuffrè, 2005, p. 507 ss.

<sup>350</sup> Sul punto A. D'ATENA, *L'allocazione delle funzioni amministrative in una sentenza ortopedica della Corte costituzionale*, cit.

<sup>351</sup> Cfr. Corte costituzionale, sentenza 13 gennaio 2004, n. 6, punto 7 della motivazione, su questo indirizzo della giurisprudenza costituzionale, si vedano i rilievi critici di A. CORPACI, *Attribuzione delle funzioni amministrative e titolarità della potestà legislativa di disciplina delle stesse*, cit., e di L. VIOLINI, *I confini della sussidiarietà: potestà legislativa "concorrente", leale collaborazione e "strict scrutiny"*, cit.

<sup>352</sup> Così, Corte costituzionale, sentenza 16 marzo 2007, n. 88, che decide i ricorsi presentati da Valle d'Aosta, Campania, Emilia-Romagna e Friuli-Venezia Giulia, avverso alcune disposizioni della l. 23 dicembre 2005, n. 266, legge finanziaria, relative agli insediamenti turistici di qualità di interesse nazionale; per una puntuale analisi di questa decisione nei profili di seguito indicati, V. DE SANTIS, *La potestà regolamentare statale in materia regionale esclusiva: un caso di attrazione in sussidiarietà ... senza sussidiarietà*, in *Le Regioni*, 2007, p. 818 ss., in particolare p. 820, e p. 830 per il rilievo che la Corte attribuisce all'art. 118 Cost. la valenza di titolo di intervento normativo equivalente a quelli previsti dall'art. 117 Cost., nonché sul consolidamento di questo indirizzo giurisprudenziale, anche con riferimento alla sentenza della Corte costituzionale 12 ottobre 2007, n. 339, M. PICCHI, *La "legge quadro" in materia di agriturismo e la sussidiarietà tradita*, 2008, p. 483 ss.

disciplina uniforme, ai sensi dell'art. 118 Cost., in funzione di coordinamento unitario di funzioni amministrative il cui esercizio resta alle Regioni, secondo i principi di sussidiarietà e adeguatezza.

In tal modo, il giudice costituzionale ha elevato l'art. 118 Cost., ad ulteriore titolo di potestà legislativa statale, da esercitare secondo i moduli della chiamata in sussidiarietà, e ha svincolato la chiamata in sussidiarietà dall'esercizio statale della potestà amministrativa, e dunque dal parallelismo fra potestà legislativa e esercizio statale della funzione amministrativa che la Corte aveva fatto scaturire dal principio di legalità.

Risulta, dunque, con maggiore chiarezza che è il principio unitario la vera matrice delle correzioni giurisprudenziali del Titolo V.

Il giudice costituzionale, ha successivamente mosso un altro passo nella medesima direzione con la sentenza 168 del 2009.

In questa decisione la Corte costituzionale dopo aver riconosciuto l'esistenza di un ambito materiale "servizi sociali" di competenza residuale regionale, afferma che la disposizione sottoposta al suo giudizio, "prevede un intervento di politica sociale riconducibile alla materia dei servizi sociali, che per sua stessa natura, sfugge alla sola dimensione regionale ed è tale da giustificarne, a norma dell'art. 118, primo comma, Cost., l'esercizio unitario, in base al principio di sussidiarietà"<sup>353</sup>.

Il riferimento alla "stessa natura" dell'intervento riecheggia il titolo di competenza *Natur der Sache*, (letteralmente "natura della cosa"), di antica tradizione, come si è visto, nell'ordinamento tedesco. Si tratta di quel medesimo titolo di potestà legislativa statale che era stato invocato dall'Avvocatura dello Stato nelle proprie memorie difensive in occasione del giudizio deciso con la sentenza 303/2003.

Nell'ordinamento tedesco, peraltro, si tratta di un titolo non autonomo ma correlato all'adempimento di un compito specificamente previsto in Costituzione, e non di un criterio generale di competenza.

Occorre inoltre evidenziare una differenza fondamentale fra i due ordinamenti per quanto riguarda uno dei profili più innovativi ed equivoci della giurisprudenza costituzionale sulle "chiamate in sussidiarietà": l'idea che l'ordine delle competenze sia divenuto derogabile<sup>354</sup>.

La Corte ha tentato di giustificare quest'impostazione sulla base di un argomento comparato: l'assetto delle competenze vigente nell'ordinamento tedesco, con esplicito riferimento alla *konkurrierende Gesetzgebung*.

La dottrina ha già segnalato l'inconsistenza del riferimento, ma conviene soffermarsi ulteriormente su questo profilo<sup>355</sup>.

### **5. La lettura (italiana) della *konkurrierende Gesetzgebung* tedesca come "deroga all'ordine normale delle competenze" nella giurisprudenza costituzionale e la funzione delle regole costituzionali sulla competenza secondo il Tribunale costituzionale federale tedesco.**

Ritiene la Corte costituzionale, che "limitare l'attività unificante dello Stato alle sole materie espressamente attribuitegli in potestà esclusiva o alla determinazione dei principî nelle materie di potestà concorrente, come postulano le ricorrenti, significherebbe bensì circondare le competenze legislative delle Regioni di garanzie ferree, ma vorrebbe anche dire svalutare oltremisura istanze unitarie che pure in assetti costituzionali fortemente pervasi da pluralismo istituzionale giustificano, a determinate condizioni, una deroga alla normale ripartizione di competenze [basti pensare al

<sup>353</sup> Cfr., Corte costituzionale sentenza 168/2009, cit., rispettivamente n. 7 e n. 9.3 della motivazione.

<sup>354</sup> Per una critica sul punto, L. VIOLINI, A. GRAGNANI, A. RUGGERI,

<sup>355</sup> L. VIOLINI, *I confini della sussidiarietà: potestà legislativa "concorrente", leale collaborazione e "strict scrutiny"*, p. 600 nota 27.

riguardo alla legislazione concorrente dell'ordinamento costituzionale tedesco (*konkurrierende Gesetzgebung*)<sup>356</sup>.

Con queste parole il giudice costituzionale ha accreditato come caratteristica intrinseca dell'assetto di competenze, quella che costituisce, piuttosto, l'essenza delle sentenze che hanno deciso questioni di legittimità costituzionale decise in deroga all'art. 117 IV comma Cost. Proprio la deroga all'astratto enunciato di una disposizione in contrasto con disposizioni costituzionali o con regole di competenza, costituisce, infatti, l'elemento tipico delle decisioni riservate al giudice costituzionale nelle forme previste per la decisione delle questioni di costituzionalità, e incisivamente indicate nella letteratura tedesca e nella giurisprudenza comunitaria come “interpretazioni *contra legem*”<sup>357</sup>.

A sostegno dell'idea della derogabilità del sistema delle competenze, la Corte ritiene di poter leggere una analoga caratteristica nel sistema tedesco, proponendone una lettura che suscita, però, diverse perplessità non solo se si limita la comparazione agli astratti enunciati normativi, ma ancora di più se si tiene conto del senso che essi ricevono attraverso l'interpretazione della giurisprudenza, profili questi imprescindibili di una proficua comparazione specialmente nel diritto pubblico dove l'apprezzamento delle scelte giuridiche è fortemente condizionata non tanto e non solo dalla loro intrinseca razionalità, ma anche dal contesto politico, dalle prassi istituzionali e dalla radice storica delle scelte istituzionali<sup>358</sup>.

Conviene perciò confrontare la lettura del *Grundgesetz* tedesco prospettata dalla nostra Corte costituzionale nella sentenza 303/2003, con quella che le disposizioni della Legge fondamentale tedesca ricevono nella giurisprudenza e nella letteratura tedesca.

Chiave di lettura dell'assetto di competenze delineato dal *Grundgesetz* è nella giurisprudenza del Tribunale costituzionale federale la funzione delle corrispondenti regole costituzionali consistente nella delimitazione, (*Abgrenzung*), delle sfere di potestà legislativa assegnate alla Federazione e ai *Länder*, definite agli articoli 70 e 72 *GG* alternativamente come “diritto” (*Recht*) e come “potere” (*Befugnis*) di legiferare<sup>359</sup>.

Coerentemente con questa impostazione, affermata già negli anni Settanta<sup>360</sup> sulla base della chiara formulazione dell'art. 70 *GG*, II comma, e di recente ribadita nella storica pronuncia che nel 2002<sup>361</sup> che ha sancito la giustiziabilità della c.d. clausola di necessità, presupposto della *konkurrierende Gesetzgebung*, nella letteratura tedesca l'ordine delle competenze è descritto come *zwingend*, inderogabile, secondo uno specifico principio, *Prinzip der Einzigkeit und Ausschließlichkeit der Zuständigkeitsordnung*, il principio della unicità ed esclusività delle competenze, indisponibile attraverso l'accordo degli interessati. Questi ultimi possono eventualmente accordarsi sull'esercizio delle competenze, purché tali accordi non contengano rinunce alla competenza, ovvero altrimenti modifichino l'ordine delle competenze o lo mettano in pericolo<sup>362</sup>.

<sup>356</sup> Corte costituzionale, sentenza 303/2003, cit., n. 2.1 della motivazione.

<sup>357</sup> Per la definizione ricordata nel testo, C. GUSY, *Richterrecht und Grundgesetz*, in *DÖV*, 1992, p. 461 ss., sul tema è di particolare interesse lo studio di J. NEUNER, *Die Rechtsfindung contra legem*, cit. Per i riferimenti all'interpretazione *contra legem* nella giurisprudenza comunitaria, A. ADINOLFI, *L'applicazione delle norme comunitarie da parte dei giudici nazionali*, in *Dir.Un.eur.*, 2008, p. 617 ss., p. 631.

<sup>358</sup> Sul punto C. STARCK, *Rechtsvergleichung im öffentlichen Recht*, in *JZ*, 1997, p. 21 ss.

<sup>359</sup> Sul punto ad esempio, R. STETTNER, *Art. 70*, in *Grundgesetz Kommentar*, a cura di H. DREIER, Mohr Siebeck, 2007, vol. II *Supplementum* 2007, p. 42 ss., p. 57 ss.

<sup>360</sup> Cfr. la sentenza del *BverfG*, del 28 novembre 1973, in *BVERFGE*, 36, 193, relativa ad una legge dell'Assia sulla libertà di stampa; il concetto è da ultimo ribadito nella sentenza del 24 ottobre 2002, in *BVERFGE*, 106, 62, della quale una traduzione in italiano è disponibile sul sito [www.issirfa.cnr.it](http://www.issirfa.cnr.it), a cura di A. GRAGNANI.

<sup>361</sup> E. BUOSO, *L'art. 72, comma 2 GG davanti al Bundesverfassungsgericht*, in *Le Regioni*, 2003, p. 959 ss., A. GRAGNANI, *Sindacato di costituzionalità e giusto equilibrio fra unità e differenziazione in uno Stato federale: in tema di giustiziabilità della <Erforderlichkeitsklausel>*, sul sito [www.issirfa.cnr.it](http://www.issirfa.cnr.it).

<sup>362</sup> R. STETTNER, *Art. 70*, in *Grundgesetz Kommentar*, cit., p. 42 ss., p. 69 ss.

L'unica tipologia di *konkurrierende Gesetzgebung* prevista prima della revisione costituzionale del 2006<sup>363</sup>, cioè l'unica forma prevista all'epoca della sentenza 303/2003, attribuita alla Federazione in presenza degli interessi unitari indicati nella c.d. "clausola di necessità" era prevista dalla art. 72, II comma, GG, e soltanto negli ambiti materiali elencati nell'art. 74 GG<sup>364</sup>.

Come evidenziato dalla dottrina tedesca, si tratta di un sistema dove la potestà legislativa della Federazione è correlata oltre che alla ricorrenza di interessi unitari, a prestabiliti ambiti oggettuali di competenza, ed è perciò diverso dal sistema comunitario fondato non su una attribuzione per oggetti di competenza, bensì improntato ad una concezione essenzialmente finalistica e funzionale delle competenze<sup>365</sup>.

La violazione delle regole di competenza determina un giudizio di validità/invalidità delle leggi, e non di preferenza/non preferenza<sup>366</sup>, (il rapporto di applicazione/non applicazione è stato introdotto soltanto con la riforma costituzionale del 2006 e limitatamente agli ambiti materiali enumerati dall'art. 72, III comma, nella peculiari tipologie di competenza denominate *abweichungsoffene Vorrangsgesetzgebung* e *Abweichungsgesetzgebung*). Sotto questo profilo non pare condivisibile l'idea che "se l'intenzione era quella di interpretare il testo costituzionale nel senso indicato della competenza concorrente alla tedesca, la Consulta avrebbe dovuto concludere che questo meccanismo presuppone sfere di potere tutte competenti, di guisa che il giudizio circa il livello più adeguato per l'esercizio delle funzioni normative ed amministrative non si concretizza in un sindacato di validità dell'atto, per mancato rispetto dei confini di competenza, ma in un apprezzamento per la preferenza del livello di potere in concreto più adeguato a soddisfare il valore in gioco"<sup>367</sup>.

Inoltre, rispetto alla sistematica del *Grundgesetz*, fin dalla originaria formulazione delle regole di competenza, è comune il rilievo che il baricentro delle competenze legislative sia sempre spettato alla Federazione, ancora prima delle revisioni costituzionali che progressivamente le hanno ulteriormente estese<sup>368</sup>. D'altra parte, la configurabilità di un rapporto di regola-eccezione fra competenze federali e competenze dei *Länder* ampiamente sostenuta, ma oggi messa in discussione da autorevole dottrina<sup>369</sup>, opera sul piano della mera tecnica regolativa, nel senso che essa non esprime un orientamento sostanziale nell'interpretazione del principio dello stato federale proclamato dall'art. 20 GG. In questa ottica, oggi, è autorevolmente contestata anche l'idea che la tecnica regolativa fondata sulla enumerazione delle competenze federali fondi una presunzione di competenza a vantaggio dei *Länder*, poiché da essa scaturiscono automaticamente due alternative. Infatti, da una parte o la competenza federale è specificamente attribuita da una conforme disposizione costituzionale, ovvero è dall'art. 70, I comma, GG che discende la competenza dei

<sup>363</sup> Limitatamente a sei ambiti materiali tassativamente elencati nell'art. 72, III comma, GG con la revisione del federalismo approvata nel 2006 è stata introdotta una forma di doppia competenza piena della Federazione e dei *Länder*; in tali ambiti la potestà federale *konkurrierende* è svincolata dalla clausola di necessità, e ai *Länder* spetta la potestà di dettare una disciplina legislativa differenziata da quella federale. I rapporti fra le due fonti sono regolati in questi casi dal criterio della *lex posterior*. Per maggiori dettagli rinvio a A. GRAGNANI, *Il nuovo ordine delle competenze legislative e la giurisdizione sui titoli di competenza nella riforma del federalismo tedesco*, in *I cantieri del federalismo in Europa*, a cura di A. D'ATENA, Milano, Giuffrè, 2008, p. 155 ss., p. 185.

<sup>364</sup> Sul punto nella lettura italiana si vedano i contributi di A. D'ATENA, e L. VIOLINI già citati alle note precedenti.

<sup>365</sup> C. DEGENHART, *Art. 70*, in *Grundgesetz*, a cura di M. SACHS, IV ed., 2007, p. 1422 ss., in particolare p. 1424.

<sup>366</sup> Nella letteratura italiana per il rilievo che "i dispositivi di sussidiarietà a differenza delle clausole di competenza tradizionalmente intese non danno luogo a giudizi di validità/invalidità, ma di preferenza non preferenza", A. MOSCARINI, *Titolo V e prove di sussidiarietà: la sentenza n. 303/2003 della Corte costituzionale*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 6 novembre 2003, p. 6; più ampiamente sul principio di sussidiarietà, della medesima Autrice, *Competenza e sussidiarietà nel sistema delle fonti. Contributo allo studio dei criteri ordinatori*, Padova, Cedam, 2003.

<sup>367</sup> Così, A. MOSCARINI, *Titolo V e prove di sussidiarietà: la sentenza n. 303/2003 della Corte costituzionale*, cit.

<sup>368</sup> In tal senso, fra gli altri, R. STETTNER, *Art. 70*, cit., p. 42 ss. nonché C. DEGENHART, *Art. 70*, cit.

<sup>369</sup> Ad esempio, C. DEGENHART, *Art. 70*, cit., p. 1425.

*Länder*, cosicché non occorre il sussidio di una presunzione giuridica; ovvero, in caso di dubbio, nessuna disposizione costituzionale legittima una interpretazione estensiva della potestà legislativa di questi ultimi, e, correlativamente, una interpretazione restrittiva dei titoli federali. A tal proposito, benché talora la giurisprudenza costituzionale abbia fatto riferimento a una tale presunzione di competenza, essa afferma che l'interpretazione delle regole di competenza deve seguire un criterio rigoroso<sup>370</sup>.

Si deve anche tenere presente che il criterio della enumerazione delle competenze federali è sancito nella Legge fondamentale tedesca senza un rigore paragonabile a quello proprio dell'art. 117, IV comma, della Costituzione italiana.

Il *Grundgesetz*, infatti, accanto alla fondamentale regola posta dall'art. 70 secondo la quale ai *Länder* spetta il diritto di legiferare nella misura in cui la Costituzione non affidi alla Federazione la potestà legislativa, prevede all'art. 30 che l'esercizio dei poteri e l'adempimento dei compiti pubblici spetta ai *Länder* nella misura in cui la Costituzione non stabilisce o non ammette una diversa regola, e all'art. 83 precisa che i *Länder* danno esecuzione alle leggi federali nella misura in cui la Costituzione non dispone o ammette altrimenti<sup>371</sup>.

Ne consegue un'attenuazione del rigore del criterio enumerativo espresso enunciato dall'art. 70 GG, ed è preconstituita una base positiva per colmare in via interpretativa le lacune che altrimenti resterebbero aperte.

Agli artt. 30 e 83 GG si collega, infatti, come già illustrato, un fenomeno di competenze silenti, o non scritte, peraltro circoscritto e non paragonabile alle recenti evoluzioni dell'ordinamento italiano. Si tratta della competenza per connessione, *kraft Zusammenhangs*, della competenza per annessione, *kraft Annexes*, e della competenza secondo la natura della cosa, *kraft Natur der Sache*.

In particolare la competenza per connessione è talora distinta dalla competenza per annessione, poiché nel primo caso l'estensione della competenza di un legislatore supera i limiti di quella ad esso espressamente attribuita nella sua estensione, perché, altrimenti, una disciplina sensata non potrebbe essere stabilita, e sempre che si tratti soltanto di un completamento di una materia attribuita al medesimo legislatore.

La competenza per annessione è talora distinta perché il superamento dei confini materiali della competenza attribuita al legislatore attiene non tanto all'estensione, bensì alla intensità della disciplina.

La competenza per la natura della cosa, risalente nella tradizione tedesca alla Costituzione del *Reich*, si ha in relazione a competenze concepite nel *Grundgesetz* per le quali sebbene manchi una espressa attribuzione, la potestà legislativa federale deve ritenersi concettualmente necessitata, senza che siano concepibili alternative.

Resta da ricordare che con riferimento al sistema anteriore alla riforma del federalismo del 2006, il Tribunale costituzionale ha precisato, già a partire dagli anni Settanta<sup>372</sup>, che una doppia imputazione di competenza a entrambi i legislatori, federale e dei *Länder*, in un medesimo ambito materiale è incompatibile con la funzione di delimitazione di differenti sfere di potere assegnata nella sistematica del *Grundgesetz* alle regole di competenza. Nella storica sentenza del 2002 sulla giustiziabilità della clausola di necessità, la medesima funzione delle regole costituzionali<sup>373</sup> è stata ulteriormente specificata nel senso che l'art. 72 GG laddove in predeterminati ambiti normativi attribuisce alla Federazione la potestà legislativa nella misura in cui sia necessaria per garantire l'unità giuridica o economica, ovvero equivalenti condizioni di vita fra i *Länder*, non intende

<sup>370</sup> C. DEGENHART, *Art. 70*, cit., nonché R. STETTNER, *Art. 70*, in *Grundgesetz Kommentar*, cit., p. 74 ss.

<sup>371</sup> Si vedano sul punto, e per gli ulteriori riferimenti sulle competenze federali non scritte, gli Autori citati alla nota che precede, anche per altri riferimenti bibliografici e giurisprudenziali.

<sup>372</sup> Cfr. Tribunale costituzionale federale, sentenza 28 novembre 1973, in *BVERFGE*, 36, 193, cit.

<sup>373</sup> Cfr. Tribunale costituzionale federale, sentenza 24 ottobre 2002, in *BVERFGE*, 106, 62, in particolare n.

delimitare una potestà legislativa unitaria della Federazione da una legislazione unitaria sul territorio federale emanata dai *Länder*, bensì intende dischiudere a questi ultimi autonomi spazi di competenza per una disciplina differenziata, pertanto in questi casi la possibilità di leggi dei *Länder* aventi eguale tenore non costituisce una valida alternativa ad una disciplina unitaria federale.

Infine, per liberare il campo da possibili equivoci, è opportuno precisare che la caratteristica della “flessibilità del catalogo di competenze” allude nella letteratura tedesca alla necessità che l’interpretazione dei *nomina* elencati nei cataloghi di competenze non sia irrigidita e “sclerotizzata” nel significato loro attribuito dalla tradizione, sopravvalutando indebitamente l’argomento storico, bensì tenga conto dei concreti sviluppi dell’ordinamento, e delle sopravvenute esigenze di disciplina che possono condurre all’estensione di certe materie ad ambiti materiali in precedenza privi di disciplina<sup>374</sup>.

Premesso il quadro appena delineato, sarebbe stata auspicabile una qualche delucidazione sui fondamenti dell’argomento comparato speso dal giudice costituzionale nella sua storica sentenza 303/2003. Benché il riferimento alla dottrina, oltre che alla giurisprudenza, secondo l’uso seguito nelle motivazioni delle sentenze del Tribunale costituzionale federale tedesco, sia estranea alla nostra tradizione, senza di esso la lettura della *konkurrierende Gesetzgebung* tedesca come deroga alla normale ripartizione di competenze fatta propria dalla giurisprudenza italiana, resta oscura e non è pienamente condivisibile.

Ciò nonostante, si deve prendere atto che l’idea della derogabilità dell’ordine delle competenze si è accreditata, e ha acquistato un rilievo centrale nella giurisprudenza costituzionale, quasi a promuovere l’accettazione delle problematiche che l’integrazione correttiva elaborata dal giudice delle leggi solleva sotto il profilo della certezza del diritto.

## **6. - La pretesa derogabilità delle regole costituzionali di competenza e la sua giustificazione in sede scientifica: rilievi critici.**

Al termine di questa prima parte dell’indagine sull’assetto delle competenze costituzionali si può concludere nel senso che la giurisprudenza costituzionale sia condivisibile nel risultato di superare la limitazione della potestà legislativa dello Stato alle sole materie ad esso espressamente riservate, poiché tale previsione contrasta con l’art. 5 della Costituzione, laddove tale disposizione richiede che ai valori dell’unità e dell’autonomia “si assegni un valore ed una portata compatibili con l’esistenza dell’altro; occorre, in altri termini, che si realizzi tra di loro un equilibrato bilanciamento”<sup>375</sup>.

Tuttavia, il percorso argomentativo seguito dalla Corte a partire dalla sentenza 303/2003, e ulteriormente esteso con la sentenza 6/2004 non convince. La stessa giurisprudenza costituzionale, del resto, in successive pronunce ha svincolato la c.d. chiamata in sussidiarietà dalla necessità dell’esercizio statale delle funzioni amministrative, sottoponendo con ciò, implicitamente, a revisione il fondamento della propria opera di correzione in via giurisprudenziale della regola di competenza stabilita dall’art. 117, IV comma, Cost.

Indipendentemente dall’inconsistenza dell’argomento comparato speso dal giudice costituzionale, non persuade neppure la convinzione diffusa in dottrina che in conseguenza della giurisprudenza costituzionale sul Titolo V Cost. occorra interrogarsi di nuovo sul principio di rigidità costituzionale, né che l’ordine delle competenze “non delinea un ordine astratto ed assoluto di attribuzioni, perché altrimenti sarebbero negati altri principi, anch’essi costituzionali”<sup>376</sup>.

<sup>374</sup> Così R. STETTNER, *Art. 70*, cit., p. 65, anche per ulteriori riferimenti bibliografici.

<sup>375</sup> Così G. ROLLA, *Evoluzione del sistema costituzionale delle autonomie territoriali e nuove relazioni tra i livelli istituzionali. Prospettive costituzionali e profili problematici*, in *Le Regioni*, 2000, p. 995 ss., per le parole citate nel testo, p. 1018. Per un approfondito esame del principio unitario, M. PICCHI, *L’autonomia amministrativa delle Regioni*, Milano, Giuffrè, 2005.

<sup>376</sup> F. BENELLI, *La <smaterializzazione> delle materie*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 167 ss., e p. 144 ss., che esprime in una sintesi molto efficace il pensiero condiviso da un’ampia letteratura.

In primo luogo non convince l'idea che storicamente il principio di rigidità costituzionale<sup>377</sup> si lasci caratterizzare dall'eventualità che in un medesimo ambito materiale la competenza sia statale se alla stregua delle regole costituzionali sussiste un interesse unitario, e nel caso contrario essa sia, invece, regionale. A ben vedere tale possibile variazione del soggetto titolare della potestà legislativa rispetto ad un medesimo ambito, non investe i modi di concepire la rigidità della Costituzione, che riguardano altri profili, quali ad esempio le forme delle sue garanzie, l'esistenza di una graduazione di valori costituzionali, i limiti alla revisione costituzionale.

In secondo luogo, non convince l'idea che l'ordine costituzionale delle competenze non sia astratto. Esso, invece, è di per sé necessariamente astratto, nel senso che i cataloghi di materie eventualmente combinati con i prescelti criteri per il riscontro in concreto dell'esistenza di interessi unitari ovvero di esigenze di differenziazione, non possono che limitarsi a compiere alcune scelte generali e astratte, cioè a dare una prima indicazione ai legislatori e agli interpreti per individuare le sfere di competenza. Sarebbe impensabile, infatti, una predeterminazione capillare di esse, che presupporrebbe la (irraggiungibile) preventiva conoscenza delle infinite fattispecie regolative di concreta attuazione delle astratte regole di competenza.

In altri termini, un conto è il momento, per forza astratto, della definizione in via generale dei rapporti di competenza, altro è il momento della attività di qualificazione competenziale della legislazione ordinaria, con la sua conseguente imputazione alla potestà statale ovvero a quella regionale<sup>378</sup>. Momento, quest'ultimo, che, invece, è necessariamente concreto, e non può che procedere caso per caso, ma che pur sempre presuppone un raffronto con un parametro predeterminato nelle regole di competenza.

Resta da precisare che la deroga dell'ordine costituzionale delle competenze collegata dalla Corte costituzionale alla c.d. "chiamata in sussidiarietà", è stata di recente assimilata dal medesimo giudice alla deroga dei criteri di ripartizione delle competenze scaturenti dalle norme comunitarie, laddove esse richiedano "per esigenze organizzative proprie dell'Unione europea, particolari forme attuative di sé medesime, e quindi normative statali derogatrici di tale quadro della normale distribuzione delle competenze interne, salvo il rispetto dei principi costituzionali fondamentali e inderogabili"<sup>379</sup>. Il paragone non convince. Senza che sia qui né necessario né opportuno esaminare il merito della giurisprudenza comunitaria che ha legittimato deroghe all'ordine delle competenze causate dal diritto comunitario, è sufficiente rilevare che esse, secondo la giurisprudenza costituzionale, sono fondate da specifiche disposizioni europee che dettano regole da preferire a garanzia dell'effetto utile del diritto comunitario, rispetto alle regole costituzionali di distribuzione della competenza, e sul presupposto –affermato dalla Corte – che "se hanno derogato a disposizioni di rango costituzionale, debbono ritenersi equiparate a queste ultime, in virtù del disposto dell'art. 11 Cost., il quale consente la limitazione della sovranità nazionale al fine di promuovere e favorire organizzazioni internazionali tra cui, com'è *ius receptum*, le Comunità europee"<sup>380</sup>. Ben diverse, dunque, sono le "deroghe" alle regole di competenza che scaturiscono dall'esigenza di garantirne la conformità al fondamentale principio unitario.

In conclusione, nel sistema vigente dopo la revisione del Titolo V Cost., non è l'ordine delle competenze a non essere assoluto, ma è il criterio della ripartizione per materia delle competenze

<sup>377</sup> Di recente per un profilo storico sul principio di rigidità della Costituzione, A. CERRI, *Modi di intendere la rigidità e la giustizia costituzionale*, in *Ritorno al diritto*, 2007, p. 80 ss.

<sup>378</sup> La necessità di una distinzione fra le due attività è particolarmente sottolineata dalla dottrina tedesca, W. LEISNER, *Von der Verfassungsmäßigkeit der Gesetze zur Gesetzmäßigkeit der Verfassung*, Tübingen, Mohr, 1964, nonché di recente R. STETTNER, *op. ult.*, cit., p. 62 ss.

<sup>379</sup> Così testualmente, Corte costituzionale, sentenza 24 aprile 1996, n. 126, n. 5 della motivazione, commentata da L. COSTATO, *Le deroghe al quadro costituzionale delle competenze causate dal diritto comunitario*, in *Studium iuris*, 200, p. 786 ss., tale sentenza è citata dalla Corte costituzionale, sentenza 11 marzo 2009, n. 88, dove tali deroghe sono assimilate a quelle che discenderebbero dalla "chiamata in sussidiarietà".

<sup>380</sup> Corte costituzionale, sentenza 19 novembre 1987, n. 399, con nota di E. BALBONI, A. PAPA, *Regolamenti comunitari e ripartizione costituzionale delle competenze: verso nuove frontiere?*, in *Le Regioni*, 1988, p. 352 ss.

statali e regionali a non essere decisivo e a non avere valore assoluto, perché, secondo la giurisprudenza costituzionale, così, implicitamente, ha statuito il legislatore costituzionale muovendo dalla premessa che in alcuni ambiti materiali l'esistenza di interessi unitari e interessi alla differenziazione non si lascia predeterminare *a priori* attraverso la correlazione a un predeterminato ambito materiale, ovvero ad un predeterminato scopo o funzione.

Sul piano pratico, oltre ad una notevole incertezza del diritto, l'allontanamento oltre ogni forzatura, dal testo scritto in Costituzione genera il rischio di un'indebita confusione fra l'attività di qualificazione competenziale della legislazione e l'attività di interpretazione dei parametri costituzionali, con la conseguente tendenza ad adattare questi ultimi alla prima, cosicché si rende fondato il timore, spesso fatto proprio nella letteratura tedesca, di un'interpretazione della Costituzione secondo le esigenze del legislatore, più spesso di quello statale, ma talvolta anche di quello regionale.

Quest'ultimo, come vedremo, è stato il caso del titolo di competenza per la tutela dell'ambiente e dell'ecosistema, fino all'importante, ma incompiuta svolta, intrapresa di recente dalla Corte costituzionale.

Tracciato il quadro delle questioni più problematiche relative al complesso dei rapporti fra potestà legislativa statale e autonomia legislativa regionale, si procederà nei prossimi paragrafi all'esame della giurisprudenza costituzionale sul titolo di competenza statale esclusiva per la tutela dell'ambiente e dell'ecosistema. Siccome essa è stata a lungo condizionata dalla giurisprudenza relativa al precedente assetto delle competenze in materia, con il quale mantiene ancora importanti elementi di continuità, conviene ricordarne gli aspetti più significativi.

### **7. L'inesistenza di un autonomo complesso regolativo "diritto ambientale" come fondamento di un generalizzato concorso di competenze statali e regionali nell'assetto costituzionale anteriore alla revisione del Titolo V della Costituzione.**

Nell'ordinamento italiano, l'assetto delle competenze legislative per la tutela dell'ambiente è stato a lungo caratterizzato dalla teorizzazione dell'opportunità di un generalizzato concorso della potestà legislativa statale e di quella regionale.

In mancanza di un'esplicita formulazione della tutela dell'ambiente fra gli interessi costituzionali che lo Stato ha il compito di proteggere, e, quindi, in assenza di disposizioni attributive della relativa competenza, la legislazione ambientale anteriormente alla revisione del Titolo V Cost., si è sviluppata nell'ambito di titoli di competenza direttamente o indirettamente collegati con le esigenze di tutela dall'inquinamento<sup>381</sup>. Fra di essi, in particolare, l'assistenza sanitaria, l'urbanistica e la tutela del paesaggio. Questi ultimi settori, invero, costituiscono "la culla" del diritto ambientale, nato attraverso un graduale adattamento ai nuovi bisogni di tutela, oltre che di alcuni istituti del diritto civile (ad esempio, le azioni di vicinato), soprattutto degli schemi classici del diritto amministrativo, per poi divenire –grazie anche agli impulsi del diritto comunitario - un autonomo settore giuridico fondato su speciali principi e istituti<sup>382</sup>.

<sup>381</sup> Lo evidenzia la stessa giurisprudenza costituzionale, ad esempio, Corte costituzionale, sentenza 15 luglio 1983, n. 225; una rassegna sistematica della giurisprudenza costituzionale relativa alla tutela dell'ambiente, antecedente e successiva alla revisione del Titolo V della Costituzione, si trova nello studio *La giurisprudenza costituzionale relativa al riparto di competenze tra Stato e Regioni in materia di "ambiente" e di "beni culturali"* a cura di M. BELLOCCI E P. PASSAGLIA - (luglio-2008), reperibile all'indirizzo [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it), *sub Documentazione*. Sull'assetto delle competenze anteriore al nuovo Titolo V Cost., S. GRASSI, *Tutela dell'ambiente e livelli territoriali di governo*, in *Gazz. Amb.*, 1995, p. 3 ss., G. MORBIDELLI, *Il regime amministrativo speciale dell'ambiente*, in *Scritti in onore di Alberto Predieri*, vol. II, Milano, Giuffrè, 1996, p. 1121 ss., p. 1140, S. MANGIAMELI, *L'"ambiente" nel riparto di competenza tra Stato e Regioni (dalla configurazione di una materia, all'assetto di un difficile modello)*, in *Giornate teramane sull'ambiente*, Milano, Giuffrè, 1998, p. 139 ss., M. CECCHETTI, *Principi costituzionali per la tutela dell'ambiente*, Milano, Giuffrè, 2000, p. 290 ss.

<sup>382</sup> G. MORBIDELLI, *Il regime amministrativo speciale dell'ambiente*, cit.

Il radicamento nelle competenze regionali del perseguimento di finalità di tutela ambientale è stato offerto in prima battuta dalla “pertinenza” di singoli beni componenti l’ambiente a materie regionali<sup>383</sup>.

Al profilo materiale del bene ambiente, si è accompagnata un’ancora più solida fonte di legittimazione al perseguimento di fini di tutela ambientale in un generalizzato concorso fra Stato e Regioni: il valore costituzionale della tutela ambientale, riconosciuto dalla Corte costituzionale sulla scorta di decisive intuizioni dottrinali<sup>384</sup>.

Nella definizione dell’assetto costituzionale delle competenze il rilievo di valore costituzionale è servito a promuovere il superamento dell’originario modello ispirato al principio della rigida separazione delle competenze, per realizzare nel diritto ambientale l’uniformità degli *standard* di protezione e l’unitarietà degli indirizzi fondamentali della disciplina<sup>385</sup> nell’interesse della Nazione, poiché –come ben presto evidenziato dalla giurisprudenza costituzionale - la protezione dell’ambiente non ammette una concezione dei rapporti fra Stato e Regioni segnata “da una gelosa, puntigliosa e formalistica difesa di posizioni”<sup>386</sup>.

L’unità in nome del “valore ambiente” costituiva, allora, una particolare espressione dell’unità giuridica in nome dei valori costituzionali<sup>387</sup>. Essa, pertanto, era concepita in funzione della giustificazione di una possibile sovrapposizione di competenze nell’ambito di un medesimo ambito materiale, “con prevalenza tendenziale di compiti allo Stato”, e anticipava in questo contesto il mutamento sostanziale del principio di concorrenza come criterio di ripartizione della competenza<sup>388</sup>.

La giurisprudenza e la dottrina si sono fatte sin da subito carico anche della necessità di accompagnare quest’evoluzione, e il conseguente potenziale spostamento di competenza legislativa a vantaggio del legislatore centrale, con l’esigenza di adeguate forme di attuazione del principio di leale collaborazione “nel segno dei grandi interessi unitari della Nazione”<sup>389</sup>.

Un naturale corollario dell’evoluzione verso un modello complesso, caratterizzato dalla coesistenza<sup>390</sup> di due diversi livelli di governo in un medesimo ambito normativo, nel diritto ambientale, così come in altri settori dell’ordinamento, è stata l’affermazione della necessità di *standard* minimi deputati a garantire su tutto il territorio un livello minimo di tutela del valore costituzionale. Il rispetto degli *standard* minimi, ma anche degli *standard* uniformi di protezione, stabiliti dallo Stato a tutela di interessi antagonisti alla protezione dell’ambiente, ad esempio la libertà di impresa, è stato poi considerato come vero e proprio criterio regolatore dei rapporti fra potestà legislativa statale e autonomia regionale nel perseguimento di finalità di tutela

<sup>383</sup> Così, ad esempio, per la tutela delle acque dall’inquinamento, afferma la Corte che “da una considerazione unitaria del contenuto dell’art. 117 della Costituzione si desume l’attribuzione alle regioni, come uno dei campi preferenziali, della competenza relativa all’assetto del territorio, del quale le acque costituiscono elemento essenziale, sicché la strumentazione della loro difesa dagli inquinamenti non può ritenersi sottratta, quanto meno nella totalità, alla competenza regionale”, 225/1983, cit., n. 4 della motivazione.

<sup>384</sup> Cfr. Corte costituzionale, Corte costituzionale, sentenza 28 maggio 1987, n. 210. Sull’ambiente come valore costituzionale, A. PREDIERI, *Significato della norma costituzionale sulla tutela del paesaggio*, in *Urbanistica, tutela del paesaggio, espropriazione*, Milano, Giuffrè, 1969; dello stesso Autore, *Paesaggio*, in *Enc. dir.*, XXI, Milano, Giuffrè, 1981, p. 507 ss.; G. MORBIDELLI, *Il regime amministrativo speciale dell’ambiente*, cit., p. 1140 ss. Sul tema per ulteriori riflessioni, S. GRASSI, *Ambiente e diritti del cittadino*, in *Scritti in onore di Giuseppe Guarino*, Padova, Cedam, 1998, II, 499 ss., ID., voce *Tutela dell’ambiente (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, Milano, Giuffrè, 2007, p. 1114 ss.

<sup>385</sup> Per tutti, G. MORBIDELLI, *Il regime amministrativo speciale dell’ambiente*, cit., p. 1138 ss.

<sup>386</sup> Così Corte costituzionale, sentenza 28 ottobre 1987, n. 344, punto 10 della motivazione.

<sup>387</sup> Sui diversi profili correlati all’idea dell’unità in nome dei valori costituzionali, benché non riferito specificamente al diritto ambientale, si veda il contributo di M. LUCIANI, *Corte costituzionale e unità in nome dei valori*, in *La Corte costituzionale a una svolta*, a cura di R. ROMBOLI, Torino, Giappichelli, 1991, p. 170 ss.

<sup>388</sup> Così, G. MORBIDELLI, *Il regime amministrativo speciale dell’ambiente*, cit., p. 1140.

<sup>389</sup> Ancora, G. MORBIDELLI, *Op. ult. cit.*, p. 1140, nonché Corte costituzionale, sentenza 344/1987, cit., punto 10 della motivazione.

<sup>390</sup> Sulla coesistenza di due livelli di governo nel diritto ambientale già con riferimento al sistema anteriore alla riforma del Titolo V della Costituzione, G. MORBIDELLI, *Il regime amministrativo speciale dell’ambiente*, cit., p. 1140.

dell'ambiente, ed espresso come “principio di azione unitaria del livello superiore e principio della tutela più rigorosa del livello inferiore”<sup>391</sup>.

Nei successivi sviluppi dell'ordinamento, il “valore ambiente” è stato così invocato sempre più spesso nel contenzioso costituzionale non soltanto per sostenere l'esigenza di una disciplina unitaria, condivisa dallo Stato e dalle Regioni nelle forme della leale collaborazione, ma anche per rivendicare l'autonomo e differenziato esercizio dell'autonomia legislativa regionale<sup>392</sup>.

Nel modello antecedente alla revisione del Titolo V della Costituzione, vigente il sistema di controllo preventivo della legittimità costituzionale, peraltro, il criterio della derogabilità degli *standard* statali da parte delle Regioni non ha mai messo a rischio il livello di tutela ambientale legittimamente stabilito dallo Stato.

Resta infine da precisare che, nel sistema appena descritto, la qualificazione dell'ambiente come “valore costituzionale” era ritenuta “pienamente conforme alle caratteristiche peculiari dell'oggetto della tutela e, in particolare, alla accertata impossibilità di fornirne una compiuta e soddisfacente definizione giuridica”<sup>393</sup>.

## **8. - Il diritto ambientale come complesso regolativo di competenza statale esclusiva nell'art. 117, secondo comma, lett. s) Cost. e la sua frammentazione nella giurisprudenza costituzionale.**

Rispetto al modello del concorso generalizzato di competenze nel diritto ambientale, il nuovo Titolo V della Costituzione compie una svolta radicale, e affida allo Stato la competenza esclusiva per la tutela dell'ambiente e dell'ecosistema.

La lettera dell'art. 117, secondo comma, lett. s) Cost., non lascia spazio a dubbi, e riconosce l'esistenza, o comunque la necessità, di un autonomo e unitario complesso regolativo per la tutela dell'ambiente che, per la prima volta nella nostra Costituzione, è espressamente riconosciuto come compito di tutela dello Stato, accanto agli altri bisogni di protezione della sicurezza dei cittadini, quali la difesa militare, l'ordine pubblico, la previdenza sociale, anch'essi affidati dall'art. 117 Cost., alla potestà legislativa esclusiva dello Stato<sup>394</sup>.

Il nuovo titolo unitario di competenza statale esclusiva si presta alla realizzazione di quel complesso modello comunitario di tutela ambientale integrata che, per le ragioni già esaminate nel corso dell'esame dell'esperienza tedesca, sollecita una disciplina uniforme sia sul piano sostanziale che su quello procedimentale.

Ciò nonostante, la Corte costituzionale si è avvalsa dell'interpretazione storica, non per scegliere fra possibili alternativi significati dell'art. 117, secondo comma, lett. s), bensì per allontanarsi dal suo tenore letterale senza necessità di esigenze sistematiche che imponessero di correggere l'enunciato normativo.

<sup>391</sup> Sul riferimento a questo potere di variazione come criterio di ripartizione delle competenze anteriormente alla riforma del Titolo V della Costituzione, ad esempio, M. CECCHETTI, *Principi costituzionali per la tutela dell'ambiente*, cit.

<sup>392</sup> Per un quadro esaustivo della giurisprudenza costituzionale si veda lo studio di M. BELLOCCI, P. PASSAGLIA, *La giurisprudenza costituzionale relativa al riparto di competenze tra Stato e Regioni in materia di ambiente e beni culturali*, cit., nonché dei medesimi Autori, anche *Ambiente e “dintorni” nella giurisprudenza costituzionale successiva alla riforma del Titolo V della parte seconda della Costituzione*, in *Riv. amm. Rep. It.*, 2005, p. 143 ss.

<sup>393</sup> Le parole nel testo sono di M. CECCHETTI, *Principi costituzionali per la tutela dell'ambiente*, Milano, Giuffrè, 2000, p. 34.

<sup>394</sup> Sul punto, A. GRAGNANI, *Il principio di precauzione come modello di tutela dell'ambiente, dell'uomo, delle generazioni future*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, p. 9 ss.

In particolare, la Corte si è richiamata discutibilmente ai lavori preparatori del nuovo Titolo V<sup>395</sup>, nonché al previgente assetto delle competenze, essenzialmente strutturato sulla base della legislazione ordinaria e della sua stessa giurisprudenza, data l'inesistenza all'epoca di titoli espliciti di competenza in materia ambientale, e, con la sentenza 407/2002<sup>396</sup>, ha inaugurato quell'indirizzo giurisprudenziale che, proprio attraverso il riferimento alla qualificazione dell'ambiente come valore costituzionale, ha svalutato il carattere esclusivo della relativa competenza statale, e lo ha reso incapace di escludere l'esercizio della potestà legislativa regionale dal medesimo ambito normativo<sup>397</sup>.

Il quadro delle competenze delineato dalla Corte è, peraltro, sin da subito assai ambiguo.

Il giudice costituzionale nega "che possa identificarsi una 'materia' in senso tecnico, qualificabile come 'tutela dell'ambiente'", e la descrive come "una sorta di materia 'trasversale', in ordine alla quale si manifestano competenze diverse"; afferma, inoltre, che la *ratio* del titolo di competenza esclusiva previsto dall'art. 117, secondo comma, lett. s) è di riservare allo Stato le determinazioni che rispondono ad esigenze meritevoli di disciplina uniforme<sup>398</sup>.

La Corte precisa poi, che "riguardo alla protezione dell'ambiente non si sia sostanzialmente inteso eliminare la preesistente pluralità di titoli di legittimazione per interventi regionali diretti a soddisfare contestualmente, nell'ambito delle proprie competenze, ulteriori esigenze rispetto a quelle di carattere unitario definite dallo Stato".

Il giudice costituzionale si preoccupa anche di distinguere le finalità perseguite dal legislatore regionale, dagli interessi "propriamente ambientali", ai quali le prime sono funzionalmente collegate<sup>399</sup>. Nel merito della questione sottoposta al suo giudizio, la Corte classifica la disciplina che stabilisce gli *standard* di protezione relativi agli incidenti rilevanti come una questione di tutela della salute, materia regionale di competenza concorrente.

La distinzione fra interessi propriamente ambientali e interessi collegati nel caso di specie, ma lo stesso vale per molti altri casi decisi dalla Corte, si rivela, però, da un certo punto di vista, artificiosa, nel senso che la tutela della salute umana dagli effetti pregiudizievoli prodotti sull'ambiente, costituisce pacificamente una prioritaria finalità della protezione dell'ambiente. Del resto, nella medesima sentenza la Corte afferma riguardo alla protezione dell'ambiente, che si ha una pluralità di titoli di legittimazione, e ulteriormente rileva che la disciplina regionale impugnata non fa che elevare le garanzie per la protezione della popolazione e del territorio interessati, dettando una tutela più rigorosa di quella prevista dallo Stato, dunque provvedendo, nel caso di specie, alla cura dei medesimi interessi, altrimenti non sarebbe concepibile la variazione di intensità di uno *standard* di tutela<sup>400</sup>.

<sup>395</sup> Per il condivisibile rilievo dell'ambiguità dei lavori preparatori sul punto, M. CECCHETTI, *Legislazione statale e legislazione regionale per la tutela dell'ambiente: niente di nuovo dopo la riforma costituzionale del Titolo V?*, in *Le Regioni*, 2003, p. 318 e ss.

<sup>396</sup> Corte costituzionale, sentenza 26 luglio 2002, n. 407, in *Le Regioni*, 2003, con note di M. CECCHETTI, *Legislazione statale e legislazione regionale per la tutela dell'ambiente: niente di nuovo dopo la riforma costituzionale del Titolo V?*, cit., e di S. MANGIAMELI, *Sull'arte di definire le materie dopo la riforma del titolo V della Costituzione*, p. 337 ss.

<sup>397</sup> Così, P. CARETTI, *La disciplina dei diritti fondamentali è materia riservata alla Costituzione*, in *Le Regioni*, 2005, p. 27 ss., p. 28. Su questo indirizzo giurisprudenziale costituiscono un punto di riferimento essenziale nel merito e nel metodo, i rilievi critici di P. DELL'ANNO, *Principi del diritto ambientale europeo e nazionale*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 10 ss., del medesimo Autore, *La tutela dell'ambiente come "materia" e come valore costituzionale di solidarietà e di elevata protezione*, in [www.lexambiente.it](http://www.lexambiente.it), novembre 2008.

<sup>398</sup> Cfr. Corte costituzionale sentenza 407/2007, cit., per una puntuale critica a questo indirizzo giurisprudenziale, P. DELL'ANNO, *Principi del diritto ambientale europeo e nazionale*, cit. p. 10 ss.

<sup>399</sup> Corte costituzionale, sentenza 407/2002, cit., punto 3.2 della motivazione.

<sup>400</sup> Sul punto, A. GRAGNANI, *La codificazione del diritto ambientale: il modello tedesco e la prospettiva italiana*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), 2008, rileva tale contraddittorietà anche M. CECCHETTI, *La materia "tutela dell'ambiente e dell'ecosistema" nella giurisprudenza costituzionale: lo stato dell'arte e i nodi irrisolti*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 2009.

Nella storia del diritto ambientale, d'altra parte, l'incidente rilevante, cioè l'incidente tecnico che connota la pericolosità di certi impianti industriali, rappresenta tipicamente una di quelle nuove forme di pericolo, collegate all'industrializzazione, che hanno sollecitato un adattamento degli schemi classici del diritto amministrativo<sup>401</sup>, e hanno gradualmente condotto allo sviluppo del diritto ambientale come autonomo settore giuridico<sup>402</sup>.

In successive decisioni, invece, coerentemente alla qualificazione del titolo di competenza previsto dall'art. 117, secondo comma lett. s), come materia trasversale finalizzata a legittimare la garanzia di *standard* minimi e uniformi, la Corte ha riconosciuto senza ambiguità la legittimazione del legislatore regionale al diretto perseguimento di finalità di tutela dell'ambiente. Così, ad esempio nella sentenza 307/2003, dove la Corte ribadisce che "la 'tutela dell'ambiente', più che una 'materia' in senso stretto, rappresenta un compito nell'esercizio del quale lo Stato conserva il potere di dettare *standard* di protezione uniformi validi in tutte le Regioni e non derogabili da queste"; ma precisa anche che ciò "non esclude affatto la possibilità che leggi regionali, emanate nell'esercizio della potestà concorrente di cui all'art. 117, terzo comma, della Costituzione, o di quella 'residuale' di cui all'art. 117, quarto comma, possano assumere fra i propri scopi anche finalità di tutela ambientale"<sup>403</sup>.

Le frequenti contraddizioni della giurisprudenza, sono il sintomo della difficoltà di coordinare la competenza esclusiva prevista dall'art. 117, secondo comma, Cost., con le competenze concorrenti o residuali assegnate alle Regioni in ambiti normativi contigui al diritto ambientale, senza la previsione di adeguati meccanismi di coordinamento fra le diverse competenze<sup>404</sup>.

Il rimedio escogitato dalla Corte con la sentenza 407/2002, e quindi la negazione all'art. 117, secondo comma, lett. s) del carattere di materia in senso tecnico, sembra, tuttavia, non condivisibile nelle premesse, e nei risultati per certi aspetti è eccessivo, per altri non è risolutivo del problema che aspira a rimediare.

### **9. - La ritenuta impossibilità di definire il concetto giuridico di ambiente quale premessa della qualificazione della tutela dell'ambiente e dell'ecosistema come "materia-non materia".**

Nella giurisprudenza costituzionale, la negazione del carattere di materia in senso tecnico al titolo di competenza "tutela dell'ambiente e dell'ecosistema", si fonda sull'esclusione della possibilità di configurare l'ambiente come "sfera di competenza statale rigorosamente circoscritta e delimitata, giacché essa investe e si intreccia inestricabilmente con altri interessi e competenze", di qui la configurazione dell'ambiente come "valore" che "delinea una sorta di materia trasversale, in ordine alla quale si manifestano competenze diverse"<sup>405</sup>.

Quest'idea corrisponde all'opinione, assai diffusa in sede scientifica, che "i tentativi di individuare una nozione di 'ambiente' che risultasse utile e apprezzabile in termini giuridici, sono sempre radicalmente falliti e da tempo tanto i legislatori quanto la giurisprudenza sembrano

<sup>401</sup> Ci si riferisce all'adattamento dello schema del divieto con riserva di autorizzazione, che viene integrato nel diritto ambientale attraverso la prescrizione di oneri e direttive specifiche, nonché con la previsione di fattispecie di revoca dell'autorizzazione, sul tema, nonché per un'analisi dell'evoluzione del diritto amministrativo classico nel diritto ambientale come settore speciale del diritto amministrativo, riferita all'ordinamento tedesco ma nei termini generali corrispondente alle evoluzioni del nostro ordinamento, F. GÖTZ, *Vom Umweltschutz zum Mitweltrecht, Schritte zur Bewahrung der natürlichen Lebensgrundlagen im geltenden Recht*, cit.

<sup>402</sup> Per un'analisi di questi sviluppi con riferimento al nostro ordinamento, G. MORBIDELLI, *Il regime amministrativo speciale dell'ambiente*, cit., *Id.*, *Profili giurisdizionali e giustiziali nella tutela amministrativa dell'ambiente*, in *Ambiente e diritto*, vol. II, cit., p. 307 ss.

<sup>403</sup> Così, Corte costituzionale, sentenza 25 ottobre 2003, n. 307, punto 6 della motivazione.

<sup>404</sup> Sul tema, M. RENNA, *L'allocatione delle funzioni normative e amministrative*, in *Diritto dell'ambiente*, a cura di G. ROSSI, cit., p. 135 ss., pp.149- 151.

<sup>405</sup> Cfr. per le affermazioni citate nel testo, sentenza 407/2002, cit., n. 3.2 della motivazione.

correttamente avervi rinunciato”<sup>406</sup>. La stessa dottrina ha evidenziato che la qualificazione dell’ambiente come “valore costituzionale” “si rivela pienamente conforme alle caratteristiche peculiari dell’oggetto della tutela e, in particolare, alla accertata impossibilità di fornire una compiuta e soddisfacente definizione giuridica”<sup>407</sup>.

Alla difficoltà di definire l’oggetto di tutela giuridica, la dottrina talora collega anche quella relativa all’individuazione del diritto ambientale come autonomo settore giuridico, accentuata ulteriormente dall’esigenza di integrazione della tutela dell’ambiente in tutte le politiche pubbliche, secondo l’omonimo principio comunitario. Di qui la convinzione che “non si debba impostare l’autonomia della disciplina giuridica che si occupa della tutela dell’ambiente in termini di un ‘diritto dell’ambiente’, come disciplina giuridica a sé stante”, e che “in realtà occorre parlare dell’utilizzazione del diritto per la tutela dell’ambiente, nel senso di una strumentalità di tutti i settori del diritto in funzione della garanzia dei valori e degli interessi ambientali”<sup>408</sup>.

Quest’impostazione non convince.

Infatti, in una prospettiva che valorizza lo scopo pratico della definizione, e la distingue da altre possibili definizioni e qualificazioni adeguate a diverse e più ampie prospettive di conoscenza, a ben vedere, la possibilità di definire il concetto giuridico di “ambiente”, non può essere esclusa, e una sua definizione sintetica raccoglie, in realtà, ampi consensi, e non solo nella nostra esperienza giuridica.

L’ambiente oggetto di tutela giuridica, infatti, può essere considerato come comprensivo dei singoli beni ambientali e delle loro reciproche interrelazioni, il c.d. “equilibrio ecologico”, cui è correlata la capacità di rigenerazione delle risorse<sup>409</sup>. Si tratta di una definizione oggi corrente nel diritto comunitario<sup>410</sup>, che ha in altri ordinamenti, anche una risalente tradizione legislativa, oltre che vari riconoscimenti in dichiarazioni di intenti proclamate in sede internazionale.

L’idea di considerare accanto ai fattori che lo compongono, la loro reciproca interrelazione, nonché il loro rapporto con tutti gli esseri viventi, infatti, compare già nella normativa statunitense degli anni Settanta, in particolare nel *Toxic Substances Control Act*<sup>411</sup>.

Si segnala, quindi, come importante coronamento della progressiva maturazione del concetto di ambiente oggetto di tutela giuridica, l’esplicito riferimento all’“equilibrio ecologico”, *Naturhaushalt*, (letteralmente equilibrio della natura), nella legge tedesca sulla gestione delle acque,

<sup>406</sup> Così, M. CECCHETTI, *La disciplina giuridica della tutela ambientale come “diritto dell’ambiente”*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 20 dicembre 2006, p. 29 ss. Il medesimo Autore, p. 52, precisa che “la tutela dell’ambiente non può essere considerata “materia” in senso proprio solo perché non è soltanto una materia, in quanto l’attuazione di questo “valore costituzionale” deve necessariamente attraversare tutti i comportamenti umani e tutte le politiche pubbliche”. Nel senso che “non è possibile definire in termini univoci quale sia l’ambiente oggetto di tutela sul piano giuridico”, S. GRASSI, voce *Tutela dell’ambiente (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, Milano, Giuffrè, 2007, p. 1114 ss.

<sup>407</sup> Le parole nel testo sono di M. CECCHETTI, *Principi costituzionali per la tutela dell’ambiente*, cit., p. 34.

<sup>408</sup> Così S. GRASSI, *L’attuazione della legge delega per il riordino, il coordinamento e l’integrazione della legislazione in materia ambientale: criteri pregiudiziali*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it) 22 settembre 2005.

<sup>409</sup> B. CARAVITA, *Diritto dell’ambiente*, Bologna, il Mulino, I ed. 1990, III ed., 2005, per la valorizzazione del concetto di equilibrio ecologico, e M. CAFAGNO, *Principi e strumenti di tutela dell’ambiente come sistema complesso, adattativo, comune*, Torino, Giappichelli, 2007, per la precisazione relativa alla capacità di prestazione dell’ambiente, sul tema si veda anche R. ROTA, *Brevi note sui “nuovi” principi generali di tutela ambientale*, in *Astrid Rassegna*, 2009.

<sup>410</sup> Si pensi, ad esempio, alla disciplina della v.i.a.

<sup>411</sup> Cfr. la ricostruzione storica del concetto giuridico di ambiente, dovuta a F.H. VON LERSNER, voce *Umwelt*, in *Handwörterbuch des Umweltrechts*, a cura di O. KIMMICH, H. F. V. LERSNER, P.-C. STORM, II vol., I ed., Berlin, Schmidt Verlag, 1988, p. 550 ss., p. 551 l’Autore ricorda la definizione contenuta nel *Toxic Substances Control Act*, 11 ottobre 1976, che di seguito si riproduce: “The term “environment” includes water, air and land and the interrelationship which exists among and between water, air and land and all living things”.

(*Wasserhaushaltsgesetz*)<sup>412</sup>, concetto che ha sollecitato importanti contributi nella letteratura tedesca, ed è stato particolarmente valorizzato anche dalla dottrina italiana<sup>413</sup>.

Anche la finalità di conservazione della “capacità di prestazione dell’ambiente”, che concorre a qualificarlo come oggetto di tutela sul piano giuridico, è risalente. Si ricorda, ad esempio, la legge svizzera sulla tutela dell’ambiente del 1983, *Umweltschutzgesetz*, dove al § 1 compare come determinazione di scopo, accanto alla protezione dell’ambiente, la conservazione della fertilità del suolo, cioè un aspetto particolare di quella che oggi è definita la sua “capacità di prestazione”<sup>414</sup>.

Completa il quadro degli elementi che costituiscono oggi le premesse per lo sviluppo di un ulteriore profilo del concetto giuridico di ambiente, la sua proiezione nel futuro sotto forma di rilevanza giuridica degli interessi delle generazioni future.

Aspetto quest’ultimo, come abbiamo visto, teorizzato in Germania con l’elaborazione del principio precauzionale.

L’ambiente oggetto di protezione giuridica è così non solo *Umwelt*, l’ambiente che circonda l’uomo, ma anche *Mitwelt*, il mondo con il quale e nel quale l’uomo convive, ma anche il *Nachwelt*, l’ambiente, (letteralmente “il mondo dopo”)<sup>415</sup>.

Anche questa dimensione che proietta nel futuro le esigenze di tutela ambientale è già penetrata con il d.lgs. 4/2008 nel nostro diritto positivo<sup>416</sup>.

La pretesa impossibilità di individuare una nozione di ambiente giuridicamente rilevante non frappone, quindi, nessun ostacolo alla delimitazione della sfera di competenza che ne assume come oggetto la tutela.

L’altro elemento che concorre a definire la competenza prevista dall’art. 117, secondo comma, lett. s), Cost., e a distinguerla dagli altri *nomina* costituzionali che hanno per oggetto l’ambiente<sup>417</sup>, o comunque possono interessarlo, è il concetto di “tutela”.

Nel concetto di tutela rientrano le attività che hanno per oggetto la protezione dell’ambiente dai pericoli e dai rischi che possono colpirlo, e con ciò minacciare “i fondamenti naturali” della vita dell’uomo, secondo la felice espressione corrente nell’ordinamento tedesco. Proprio in considerazione di questo particolare fine, nel concetto di tutela sono comprese anche le attività di ripristino dell’ambiente già danneggiato dagli interventi umani.

La legislazione specificamente diretta alla tutela dell’ambiente e dell’ecosistema, nel senso ora precisato, è, quindi, il diritto ambientale in senso stretto, cioè quella disciplina che assume come proprio compito primario quello di apprestare la cornice giuridica per l’assicurazione delle attività di prevenzione e riparazione dei fenomeni di inquinamento e depauperamento dell’ambiente, (*Umweltschutzermöglichung*), e quello, inscindibilmente collegato al primo, di contemperare gli interessi ambientali fra loro, e con gli interessi antagonisti alla tutela ambientale, (*Umweltschutzausgleich*)<sup>418</sup>. In particolare si tratta della disciplina diretta alla tutela dell’aria, dell’acqua, del suolo, della natura e del paesaggio, del clima, della disciplina dei rifiuti, della

<sup>412</sup> Ancora F.H. VON LERSNER, voce *Umwelt*, cit.

<sup>413</sup> Sul tema, M. KLOEPFER, K. MEBERSCHMIDT, *Innere Harmonisierung des deutschen Umweltrechts. Berichte des Umweltbundesamtes 6/86*, Berlin, E. Schmidt, 1987, in particolare p. 12 ss. Per una ricostruzione storica del concetto di ambiente inteso anche come equilibrio ecologico, F.H. VON LERSNER, voce *Umwelt*, cit. Nella letteratura italiana, sull’ambiente come “equilibrio ecologico”, B. CARAVITA, *Diritto dell’ambiente*, cit.; M. CAFAGNO, *Principi e strumenti di tutela dell’ambiente come sistema complesso, adattativo, comune*, cit.

<sup>414</sup> Cfr., anche per questo dato, F.H. VON LERSNER, voce *Umwelt*, cit.

<sup>415</sup> Queste tre dimensioni sono già segnalate ad esempio nella ricostruzione storica del concetto giuridico di ambiente dovuta a F.H. VON LERSNER, voce *Umwelt*, cit. Sul concetto di *Mitwelt*, utili precisazioni nel contributo di F. GÖTZ, *Vom Umweltschutz zum Mitweltrecht, Schritte zur Bewahrung der natürlichen Lebensgrundlagen im geltenden Recht*, in *DVB*, 1989, p. 693 ss.

<sup>416</sup> Cfr. art. 3-*quater* d.lgs. 152/2006.

<sup>417</sup> In particolare dalla competenza concorrente per la valorizzazione dei beni ambientali, prevista dall’art. 117, terzo comma, Cost.

<sup>418</sup> M. KLOEPFER, *Umweltrecht*, cit., p. 23 ss.

legislazione sull'impiego delle sostanze pericolose per l'ambiente, della disciplina degli organismi geneticamente modificati, e della normativa per la protezione dalle radiazioni.

La notevole complessità della tutela dell'ambiente richiede però che questo compito non sia assolto soltanto dalla specifica legislazione ambientale, ma possa essere completato attraverso l'integrazione dell'interesse ambientale nelle discipline che hanno come scopo primario altri obiettivi, anzi, anche in quelli che hanno anche scopi ad essa antagonisti, oltre che contigui, come richiesto dal principio comunitario di integrazione. Si tratta, ad esempio, del governo del territorio, dell'agricoltura, della legislazione sanitaria, della caccia e della pesca, della disciplina dei trasporti.

In questi ambiti normativi sono compiute scelte che coinvolgono e condizionano la protezione dell'ambiente, e devono, pertanto, coordinarsi con la specifica legislazione ambientale, cosicché è naturale che essi stabiliscano disposizioni rilevanti per l'ambiente, senza che, come è stato ritenuto in dottrina, sul presupposto del carattere esclusivo della competenza statale, per ciò soltanto, esse dovrebbero essere colpite dal vizio di illegittimità costituzionale per incompetenza assoluta<sup>419</sup>.

Al fine di risolvere le collisioni e sovrapposizioni fra gli atti di esercizio della potestà legislativa statale e regionale, infatti, si deve ricorrere innanzitutto alle regole generali di qualificazione competenziale della legislazione.

In primo luogo rileva, come anticipato, il generale criterio dello specifico scopo regolativo, determinato secondo la funzione e gli effetti oggettivi della disciplina. Restano, invece, irrilevanti ai fini dell'imputazione alle sfere di competenza gli scopi secondari e indiretti, coerentemente con la premessa che non ogni regola giuridica costituisce una "legislazione" nel senso del concetto di "materia" utilizzato dall'art. 117 Cost., ai fini della distribuzione delle competenze<sup>420</sup>.

In secondo luogo, se si verifica l'eventualità che una legge sia specificamente diretta a disciplinare più materie, ciascuna affidata a differenti legislatori occorre distinguere due casi<sup>421</sup>.

Nel caso della c.d. concorrenza reale si hanno distinte disposizioni speciali relative a differenti materie. Nel caso della c.d. concorrenza ideale si ha una disposizione o un complesso di norme inscindibili, che contestualmente dettano una disciplina specifica per due, o più materie attribuite a diversi legislatori.

Nel primo caso la collisione può essere risolta attribuendo la competenza al legislatore cui di volta in volta essa è attribuita, salvo il caso siano applicabili altri criteri come quello della prevalenza.

Nel secondo caso l'adozione della disciplina richiede, a rigore, un'intesa di entrambi i legislatori competenti, mentre la scelta di riconoscere, nel caso concreto, la potestà legislativa a un legislatore o all'altro, sarebbe arbitraria<sup>422</sup>.

<sup>419</sup> M. CECCHETTI, *La materia "tutela dell'ambiente e dell'ecosistema" nella giurisprudenza costituzionale: lo stato dell'arte e i nodi irrisolti*, cit., p. 21 afferma che "Se, infatti, si muove dal presupposto che esista un ambito di normazione – comunque individuato o individuabile – riservato alla potestà esclusiva dello Stato, la semplice constatazione dell'avvenuta emanazione da parte di una Regione di un qualunque atto che risulti riconducibile a quell'ambito dovrebbe condurre *sic et simpliciter* alla dichiarazione di illegittimità costituzionale di tale atto per vizio assoluto di incompetenza, a nulla potendo rilevare quel puntuale confronto che la Corte abitualmente compie tra la normativa regionale oggetto di censura e la normativa statale utilizzata come parametro interposto".

<sup>420</sup> Si tratta di criteri accolti dalla nostra giurisprudenza costituzionale, e di risalente tradizione nell'ordinamento tedesco, dei quali una limpida ricostruzione si trova già nel contributo di C. PESTALOZZA, *Thesen zur kompetenzrechtlichen Qualifikation von Gesetzen im Bundesstaat*, in *DÖV*, 1972, p. 181 ss., con ampi riferimenti alla giurisprudenza del Tribunale costituzionale federale, nonché all'origine di questo criterio nell'art. 137, terzo comma, della Costituzione di Weimar (WRV), con riferimento all'idea delle leggi "generali", utilizzata in un'accezione contrapposta alle leggi che assumono come specifico scopo regolativo una determinata materia.

<sup>421</sup> Sul punto, ancora, C. PESTALOZZA, *Thesen zur kompetenzrechtlichen Qualifikation von Gesetzen im Bundesstaat*, cit.

<sup>422</sup> Sul punto, ancora, C. PESTALOZZA, *Thesen zur kompetenzrechtlichen Qualifikation von Gesetzen im Bundesstaat*, cit.

Se si tiene conto della possibilità di identificare nell'ambito della legislazione rilevante per l'ambiente, un nucleo di diritto ambientale in senso stretto<sup>423</sup> sulla base dei criteri sopra indicati, l'allontanamento della giurisprudenza costituzionale dal tenore letterale dell'art. 117, secondo comma, lett. s) Cost., e la riduzione della potestà legislativa statale alla fissazione di *standard* minimi e uniformi di tutela, non possono essere giustificati sulla base di un'interpretazione sistematica del catalogo di competenze statali e regionali, essendo disponibili criteri di soluzione delle possibili sovrapposizioni, compatibili con l'astratto enunciato della regola stabilita dal legislatore costituzionale<sup>424</sup>.

Inoltre, l'assetto delle competenze così stabilito dal legislatore costituzionale non è adeguato a risolvere i possibili casi di intreccio delle competenze, che sono inevitabili.

Infine, il ricorso al criterio storico per l'interpretazione dell'art. 117, secondo comma, lett. s), oltre ad essere controverso per quanto attiene al senso desunto dai lavori preparatori, inverte il rischio, ad esso generalmente collegato, di "sclerotizzare" il catalogo delle competenze, infatti, nel caso di specie disconosce l'evoluzione della legislazione ambientale.

Settore inesistente nell'originario testo della Costituzione, la legislazione ambientale raggiungeva inizialmente i propri scopi regolativi nell'ambito di altri settori dell'ordinamento, per poi costituirsi, sotto la spinta del diritto comunitario, in un autonomo settore giuridico, che aspira oggi ad una autentica codificazione.

In questa prospettiva, il *revirement* giurisprudenziale che con la sentenza 378/2007 ha superato il precedente indirizzo sulla tutela dell'ambiente come "materia-non materia", e ne ha riconosciuto, invece, il carattere di materia esclusiva statale, appare pienamente condivisibile.

Come già anticipato, tuttavia, della nuova giurisprudenza sull'art. 117, secondo comma, lett. s), non sono pienamente condivisibili alcune premesse, né alcuni profili di continuità con il precedente indirizzo giurisprudenziale. Fra questi ultimi, in particolare, non persuade il riferimento al potere di variazione degli *standard* di tutela ambientale che spetterebbe alle autonomie regionali, di fronte alla potestà esclusiva statale.

Conviene esaminare questo profilo, prima di procedere all'esame del nuovo indirizzo giurisprudenziale.

### **9. Gli *standard* minimi e uniformi di tutela come criteri regolatori del concorso di competenze statali e regionali per la tutela dell'ambiente.**

Nell'assetto delle competenze per la tutela dell'ambiente, come sopra illustrato, gli *standard* minimi e uniformi di tutela sono stati evocati come autonomi e generali criteri regolatori del concorso di competenze statali e regionali, in linea di continuità con il disegno giurisprudenziale precedente alla revisione del Titolo V della Costituzione.

Tuttavia, come già altrove evidenziato<sup>425</sup>, essi costituiscono un parametro di riferimento di per sé inadeguato rispetto all'obiettivo che dovrebbero conseguire: predeterminare le sfere di competenza statale e regionale in materia ambientale.

In primo luogo, la generale affermazione della derogabilità degli *standard* rischia di contraddire la loro propria e originaria funzione, cioè rendere prevedibile la concretizzazione dei concetti giuridici indeterminati e degli obiettivi di tutela stabiliti dalle regole e dai principi legislativi, e semplificare, così, la relativa attività di interpretazione e attuazione<sup>426</sup>. Tale predeterminazione è frutto di valutazioni di natura tecnica, ma anche di scelte politiche. Si tratta di regole dettagliate che definiscono il livello di protezione dell'ambiente, ma anche il

<sup>423</sup> Cfr. M. KLOEPFER, *op. ult. cit.*

<sup>424</sup> Un'interpretazione aderente al tenore letterale dell'art. 117, secondo comma, lett. s), è considerata, invece, un arretramento rispetto al precedente modello, da M. CECCHETTI, *La materia "tutela dell'ambiente e dell'ecosistema" nella giurisprudenza costituzionale: lo stato dell'arte e i nodi irrisolti*, cit., p. 5.

<sup>425</sup> A. GRAGNANI, *Il nuovo progetto di riforma del federalismo tedesco*, in [www.issirfa.cnr.it](http://www.issirfa.cnr.it), maggio 2006.

<sup>426</sup> Per una sintetica informazione sugli *standard* ambientali, si veda la voce *Umweltstandard* di H. JARASS, in *HdUR*, vol. II, cit., p. 2413 ss.

contemperamento fra interesse alla tutela dell'ambiente e interessi con esso in conflitto, e sono perciò decisive per l'attuazione degli scopi fissati dalla legge statale, aventi una notevole rilevanza per le esigenze di unità giuridica e per gli interessi economici correlati al diritto ambientale.

D'altra parte, se si consente la deroga degli *standard* ambientali soltanto in caso di una specifica autorizzazione, stabilita di volta in volta dalla fonte che li prevede<sup>427</sup>, potrebbe dirsi rispettata la funzione propria degli *standard*, ma il criterio in questione perderebbe quella valenza di criterio generale per il discrimine delle competenze che la giurisprudenza costituzionale, invece, gli riconosce.

Inoltre, la scelta di un criterio regolatore di competenze costituzionali deve tenere conto delle possibilità di sindacato giurisdizionale sulla sua osservanza. Al riguardo, per gli *standard* ambientali, proprio perché frutto di valutazioni tecniche e politiche di notevole complessità, da misurare su concetti di sconfinata ampiezza, come quello di ambiente e di ecosistema, è difficilmente immaginabile un effettivo sindacato da parte della nostra Corte costituzionale, anche solo nei limiti dell'evidente irragionevolezza.

Da queste premesse consegue che il potere di variazione degli *standard* statali, da una parte, non costituisce occasione di una significativa espressione dell'autonomia regionale, possibile, semmai, attraverso forme cooperative di determinazione dei medesimi *standard*, oppure attraverso la previsione di eventuali innovative forme e istituti giuridici di tutela dell'ambiente creati dalla legislazione regionale; d'altra parte, spesso, la variazione degli *standard* determina una complicazione del quadro normativo di riferimento per l'esercizio delle libertà economiche e una loro restrizione, cosicché essa non può essere ammessa, pena il pregiudizio delle esigenze unitarie, che impone l'osservanza degli *standard* uniformi.

Al riguardo non costituisce un argomento a favore del criterio in questione la circostanza che l'art. 176 del Trattato autorizzi gli Stati membri a mantenere o adottare una protezione dell'ambiente maggiore rispetto a quella richiesta dal diritto comunitario sulla base dell'art. 175<sup>428</sup>. A parte, l'esplicito fondamento normativo, l'espreso limite della compatibilità con il Trattato, e la condizione di una specifica notifica alla Commissione, i termini del rapporto fra esigenze di unità e esigenze di differenziazione in materia ambientale che si pongono fra Stato e Regioni, non sono paragonabili a quelli della relazione fra esigenze di armonizzazione a livello comunitario e istanze di protezione avanzate dai singoli Stati membri.

In conclusione, il riconoscimento di un potere di variazione degli *standard* minimi di tutela non offre un valido criterio generale di ripartizione della competenza, e non solo non esaurisce, ma neppure imposta adeguatamente le potenzialità di diversificazione della disciplina nel diritto ambientale.

Resta da precisare che rispetto alla definizione di un ambito di autonomia normativa costituzionale, è, ovviamente, diversa la funzione dell'autorizzazione di specifiche deroghe, contenuta nella fonte competente a stabilire un certo *standard* di tutela. Si tratta in tal caso di una modalità di determinazione dello *standard* stesso.

## 10. La legislazione ambientale e la "chiamata in sussidiarietà".

Un ulteriore elemento di complicazione del quadro dei rapporti fra legislazione statale e legislazione regionale nel diritto ambientale, che occorre esaminare prima di analizzare il nuovo indirizzo della giurisprudenza costituzionale, è dato dal collegamento instaurato dalla Corte, fra principio di sussidiarietà legislativa, nella forma della c.d. "chiamata in sussidiarietà" e titolo di competenza statale esclusiva per la tutela dell'ambiente e dell'ecosistema.

Rispetto alla legislazione ambientale il giudice costituzionale, infatti, ha talvolta ritenuto necessaria la procedura di chiamata in sussidiarietà al fine di legittimare la disciplina statale di

<sup>427</sup>

<sup>428</sup> Per un esame degli art. 95 e 176 del Trattato si rinvia al contributo di M. MONTINI, in *Codice dell'ambiente*, III ed., a cura di S. NESPOR, A. DE CESARIS, Milano, Giuffrè, 2009, p. 87 ss.

protezione ambientale avente carattere di dettaglio nelle materie regionali di competenza concorrente ovvero residuale.

In altre pronunce, invece, secondo la Corte, il titolo di competenza esclusiva statale “tutela dell’ambiente e dell’ecosistema” è da solo sufficiente a legittimare la disciplina statale anche di dettaglio nelle materie di competenza regionale, concorrente ovvero residuale.

Esemplare del primo indirizzo giurisprudenziale è la sentenza 62/2005, nella quale la Corte ha precisato che “quando gli interventi individuati come necessari e realizzati dallo Stato in vista di interessi unitari di tutela ambientale, concernono l’uso del territorio, e in particolare la realizzazione di opere e di insediamenti atti a condizionare in modo rilevante lo stato e lo sviluppo di singole aree, l’intreccio, da un lato con la competenza regionale concorrente in materia di governo del territorio, oltre che con altre competenze regionali, dall’altro con gli interessi delle popolazioni insediate nei rispettivi territori, impone che siano adottate modalità di attuazione degli interventi medesimi che coinvolgano, attraverso le opportune forme di collaborazione, le Regioni sul cui territorio gli interventi sono destinati a realizzarsi (cfr. sentenza 303/2003)”<sup>429</sup>.

Esemplare del secondo indirizzo giurisprudenziale è la sentenza 383/2005, dove la Corte afferma che quando lo Stato esercita la potestà legislativa prevista dall’art. 117, II comma lett. s), Cost. “non ricorre la necessità di quegli specifici meccanismi di collaborazione” che la Corte ha ritenuto “indispensabili nelle ipotesi della ‘chiamata in sussidiarietà’ ”<sup>430</sup>.

Se si tengono presenti l’allontanamento dall’art. 117, secondo comma, lett. s), e le ambiguità della giurisprudenza costituzionale, si comprende come essi abbiano alimentato un elevato contenzioso costituzionale in materia ambientale, che ha trovato il suo apice proprio con il primo sedicente tentativo di codificazione, quando sotto la pressione temporale del termine di diciotto mesi previsto per l’esercizio del potere delegato, il Governo ha adottato il decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152, *Norme in materia ambientale*, nonostante il parere negativo rilasciato, ai sensi dell’art. 1, quarto comma, della l. 308/2004, dalla Conferenza unificata nell’interesse delle Regioni, delle Province, dei Comuni e delle Comunità territoriali<sup>431</sup>.

<sup>429</sup> Così Corte costituzionale, sentenza, 13 gennaio 2005, n. 62, punto 16 della motivazione.

<sup>430</sup> Corte costituzionale, sentenza 19 ottobre 2005, n. 383, punto 17 della motivazione, relativa ai commi 1 e 3 dell’art. 1 del decreto-legge n. 239 del 2003, quale convertito, con modificazioni, nella legge n. 290 del 2003, che attribuiscono al Ministro delle attività produttive, di concerto con il Ministro dell’ambiente, la competenza ad autorizzare, al fine di garantire la sicurezza di funzionamento del sistema elettrico nazionale, l’esercizio temporaneo di singole centrali termoelettriche di potenza termica superiore a 300 MW, anche in deroga sia ai normali valori delle emissioni in atmosfera e di qualità dell’aria, sia ai limiti di temperatura degli scarichi termici.

<sup>431</sup> Tale parere può leggersi sulla rivista [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it). Sull’*iter* che ha condotto all’approvazione del decreto, M. G. COSENTINO, *Stato e Autonomie nel nuovo <Codice dell’Ambiente> (D.Lgs. n. 152/2005)*, in *Ambiente e sviluppo*, 2006, p. 605 ss. La Corte costituzionale con l’ordinanza 22 giugno 2006, n. 245 si è pronunciata sull’istanza di sospensione cautelare richiesta dalla Regione Emilia-Romagna per alcune delle disposizioni impugnate, fra le quali ad esempio gli articoli 63 e 64 del D.lgs. 152/2006, che prevedevano la soppressione delle Autorità di Bacino, nonché sugli articoli 181, commi 7-11, 183, comma 1, lettere g), h), m), n), q), u) in materia di rifiuti. Con una motivazione che non convince, ma che segnala l’esigenza di un approfondimento del significato e dei limiti del potere cautelare nel processo costituzionale, il giudice costituzionale ha pronunciato “il non luogo a provvedere sull’istanza di sospensione”, considerato che la Corte “è stata chiamata a valutare esclusivamente la possibilità di disporre d’ufficio la sospensione dell’esecuzione delle disposizioni impugnate”, poiché il ricorrente ha sollecitato “in maniera sostanzialmente assertiva la sussistenza dei relativi presupposti, omettendo di svolgere argomenti in grado di indurre questa Corte ad eventualmente adottare, d’ufficio, i provvedimenti di cui agli art. 35 e 40 della legge n. 87 del 1953 omettendo di svolgere argomenti in grado di indurre questa Corte ad eventualmente adottare, d’ufficio, i provvedimenti di cui agli art. 35 e 40 della legge n. 87 del 1953”. La motivazione della decisione lascia perplessi. Innanzitutto resta da chiarire il collegamento affermato dalla Corte fra l’insufficienza degli argomenti adottati dalla parte a sostegno dell’istanza e il carattere officioso del potere di sospensione cautelare. L’officiosità del potere giurisdizionale, infatti, si concretizza proprio nell’integrazione degli elementi indicati dalla parte, nel rispetto del principio della domanda. Oltretutto il ricorso era ampiamente argomentato sia in relazione al *periculum in mora* che al *fumus boni iuris* e chiedeva, fra l’altro, la sospensione cautelare di disposizioni destinate ad introdurre delle modifiche giuridiche e materiali ad effetti durevoli, che possono avere un senso solo se la legge ha modo di operare per un periodo di tempo abbastanza lungo. Si trattava quindi di un caso nel quale tipicamente la sospensione cautelare non urta di per sé contro la discrezionalità del

### **11. La razionalizzazione della giurisprudenza costituzionale in sede scientifica: il modello della “potestà legislativa statale ‘delimitata’ e la concorrente potestà residuale regionale per la tutela dell’ambiente”.**

Di recente in dottrina è stato elaborato un “estremo” tentativo di razionalizzare la giurisprudenza costituzionale appena descritta, offrendone un nuovo inquadramento teorico<sup>432</sup>.

Sulla base di una riflessione di insieme sulla giurisprudenza precedente alla già ricordata svolta del 2007, si ritiene che per la tutela dell’ambiente, la Corte costituzionale riconosca allo Stato una potestà legislativa “delimitata”, e alle Regioni una “concorrente legislazione di tipo residuale”. La potestà statale sarebbe rimessa all’arbitrio dello Stato, con il solo vincolo del generale canone di ragionevolezza, e non incontrerebbe il limite di uno spazio di competenza “riservato” alle Regioni.

L’ipotesi ricostruttiva è seria, avanzata da accreditata dottrina e suffragata da un ampio corredo di giurisprudenza. Tuttavia, essa non persuade.

A fronte di uno Stato “arbitro”<sup>433</sup> di questa sua sfera di competenza non convince la possibilità di ravvisare una sfera di autonomia regionale (veramente degna di questo nome) nella residua materia, la cui ampiezza dipenderebbe dalle scelte dell’arbitro. Rispetto alle scelte di un arbitro, benché ragionevole, sarebbe fondato il timore della concreta inconsistenza di una garanzia della potestà regionale affidata al generale canone di ragionevolezza.

In altri termini, questa ricostruzione non pare rispondere alla funzione assegnata alla regole e ai criteri che definiscono i tipi costituzionali di competenza, che hanno lo scopo di delimitare le sfere di potestà legislativa statale e regionale, al fine di prevenire antinomie, e non il compito di giustificare *a posteriori* i risultati dell’esercizio delle potestà legislative statali e regionali.

In ogni caso, resta ingiustificato l’allontanamento dal tenore letterale dell’art. 117, secondo comma, lett. s), che affida allo Stato la competenza esclusiva per la materia tutela dell’ambiente e dell’ecosistema e che, se riferito al diritto ambientale in senso stretto, come sopra precisato, non è inconciliabile con la potestà regionale su materie contigue al diritto ambientale.

---

legislatore. E’ evidente ad esempio, che la scelta di sopprimere le Autorità di Bacino non possedeva alcun carattere di urgenza, né d’altra parte potevano definirsi pretestuose le ragioni addotte a sostegno del ricorso. E’ anzi interesse del medesimo legislatore statale, in simili casi, evitare il rischio di un inutile dispendio di funzioni amministrative e attività materiali necessarie a dare attuazione alla legge. Il ricorso della Regione Emilia-Romagna può leggersi all’indirizzo web, <http://issirfa.cnr.it>, *sub Osservatorio sulle Regioni, Il contenzioso Stato Regioni 2006*. Sulla sospensione cautelare della legge, rinvio a A. GRAGNANI, *La cognizione cautelare nel processo costituzionale: l’esperienza del Tribunale costituzionale federale tedesco*, in *Riv. dir. cost.*, 2005, p. 157 ss. La risposta della Corte si giustifica alla luce di una certa resistenza avverso l’introduzione della sospensione cautelare della legge nel nostro ordinamento, ulteriormente accentuata dall’interpretazione dei *pericula in mora* tipizzati dal legislatore. In particolare, la dottrina dubita della possibilità che le Regioni, data la loro limitata legittimazione processuale, possano chiedere la sospensione della legge facendo valere il pregiudizio per l’interesse pubblico, per l’ordinamento giuridico della Repubblica, ovvero la lesione di un diritto dei cittadini; per tale possibilità, e in particolare per la indebita svalutazione, diffusa in dottrina nell’interpretazione del *periculum* relativo all’ordinamento giuridico della Repubblica, e della circostanza che nel contesto dei rapporti Stato-Regioni il concetto di ordinamento giuridico della Repubblica assume un significato complesso, e indica un ordinamento unitario, ma a base pluralistica, A. GRAGNANI, *La cognizione cautelare nel processo costituzionale: l’esperienza del Tribunale costituzionale federale tedesco*, in *Riv. dir. cost.*, 2005, p. 157 ss. Quest’ultima ipotesi interpretativa è presa in considerazione ma non del tutto condivisa da P. MILAZZO, *L’impugnativa regionale del “codice dell’ambiente”: un’occasione per qualche riflessione sulla struttura e i limiti del potere di sospensione delle leggi nell’ambito dei giudizi in via d’azione introdotti dalle Regioni*, in *Le Regioni*, 2007, p. 153 ss.

<sup>432</sup> L’ipotesi ricostruttiva è dovuta a M. CECCHETTI, *La materia “tutela dell’ambiente e dell’ecosistema” nella giurisprudenza costituzionale: lo stato dell’arte e i nodi irrisolti*, cit., p. 11 ss.

<sup>433</sup> Così p. 15, *op. ult. cit.*

## 12. Il *revirement* della giurisprudenza costituzionale: il carattere materiale del bene ambiente come premessa della materia in senso tecnico “tutela dell’ambiente e dell’ecosistema”.

La sentenza 378/2007 può essere considerata la capostipite di un nuovo indirizzo della giurisprudenza costituzionale<sup>434</sup>.

Punto di partenza dell’innovativo orientamento è la precisazione della nozione giuridica di “ambiente”.

La Corte muove dall’idea che nella legislazione ambientale oggetto di tutela giuridica sono i singoli fattori che compongono il bene ambiente e le loro reciproche interrelazioni, secondo la c.d. “nozione unitaria”, e accenna anche al particolare significato che assume ai fini del riparto di competenze, il riferimento dell’art. 117, secondo comma, lett. s) Cost. al concetto di ecosistema.

Si tratta, in effetti, di un’indicazione particolarmente significativa, attraverso la quale la Costituzione recepisce una precisa concezione del sistema giuridico di tutela ambientale orientata all’approccio olistico proprio della tutela integrata.

Il giudice costituzionale ritiene opportuno precisare anche che l’ambiente “è un bene della vita, materiale e complesso”, e non invece un bene immateriale, come esso è sovente considerato<sup>435</sup>, ma non esplicita immediatamente la rilevanza di questa qualificazione.

Nella sentenza 378/2007, ma più chiaramente in una successiva pronuncia, il giudice costituzionale riconduce la distinzione fra competenze statali e competenze regionali, alla separazione fra l’interesse “alla conservazione dell’ambiente” e gli interessi che riguardano “l’utilizzazione dell’ambiente”<sup>436</sup>. Questi ultimi sono qualificati dalla Corte come “interessi diversi, giuridicamente tutelati”<sup>437</sup>.

Secondo la Corte, “la disciplina unitaria di tutela del bene complessivo ambiente, rimessa in via esclusiva allo Stato, viene a prevalere su quella dettata dalle Regioni o dalle Province autonome, in materia di competenza propria, che riguardano l’utilizzazione dell’ambiente, e , quindi, altri interessi”<sup>438</sup>.

Stabilita una netta distinzione concettuale fra interessi, finalizzata alla separazione delle competenze, il giudice costituzionale sembra confinare la connessione fra di essi, alla comunanza del bene nel suo aspetto materiale, cioè alla circostanza che essi insistono sulle medesime

<sup>434</sup> Con la sentenza 14 novembre 2007, n. 378, la Corte costituzionale ha accolto il ricorso promosso dallo Stato nei confronti dell’art. 8, comma 14, e dell’art. 9, commi 2, 3 e 11, della legge della Provincia autonoma di Trento 15 dicembre 2004, n. 10, *Disposizioni in materia di urbanistica, tutela dell’ambiente, acque pubbliche, trasporti, servizi antincendi, lavori pubblici e caccia*; si trattava della disciplina che affidava alla Giunta provinciale di disporre o autorizzare l’ampliamento o il potenziamento di discariche esistenti, e della disciplina provinciale relativa alla designazione delle zone speciali di conservazione. Per un esame della decisione, A. GRAGNANI, *La codificazione del diritto ambientale: il modello tedesco e la prospettiva italiana*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), 2008, P. DELL’ANNO, *La tutela dell’ambiente come “materia” e come valore costituzionale di solidarietà e di elevata protezione*, in [www.lexambiente.it](http://www.lexambiente.it), novembre 2008, D. PORENA, *L’ambiente come “materia” nella recente giurisprudenza della Corte costituzionale: “solidificazione” del valore ed ulteriore “giro di vite” sulla competenza regionale*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), febbraio 2009, M. CECCHETTI, *La materia “tutela dell’ambiente e dell’ecosistema” nella giurisprudenza costituzionale: lo stato dell’arte e i nodi irrisolti*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), aprile 2009. L’indirizzo giurisprudenziale esaminato nel testo è stato anticipato, ma non compiutamente, dall’ordinanza 27 aprile 2007, n. 144, e dalla sentenza 14 novembre 2007, n. 367.

<sup>435</sup> Così, sentenza 378/2007, cit., punto 4 della motivazione.

<sup>436</sup> Così sentenza 378/2007, cit., punto 4 della motivazione, nonché successivamente, Corte costituzionale, sentenza 104/2008, cit., punto 5 della motivazione, pronunciata nel giudizio promosso dalle Regioni Veneto e Lombardia, e dalle Province autonome di Trento e Bolzano, avverso la disciplina prevista della legge finanziaria 2007 per l’attuazione della direttiva 92/43/CE, c.d. direttiva *habitat*.

<sup>437</sup> Così Corte costituzionale, sentenza 104/2008, cit., punto 5 della motivazione.

<sup>438</sup> Così sentenza 104/2008, cit., punto 5 della motivazione.

“componenti o aspetti del bene ambiente”<sup>439</sup>. Acquista così un senso la sopra ricordata precisazione sul carattere materiale del bene ambiente.

Nella pronuncia capostipite del nuovo indirizzo, la Corte si ricollega anche al tradizionale criterio che impiega gli *standard* di protezione come termine di riferimento del potere regionale di dettare una disciplina differenziata per la tutela dell’ambiente, e afferma che: “la giurisprudenza costituzionale è costante nel senso di ritenere che la circostanza che una determinata disciplina sia ascrivibile alla materia ‘tutela dell’ambiente’ di cui all’art. 117, secondo comma, lettera s), della Costituzione, se certamente comporta il potere dello Stato di dettare *standard* di protezione uniformi validi su tutto il territorio nazionale e non derogabili in senso peggiorativo da parte delle Regioni, non esclude affatto che le leggi regionali emanate nell’esercizio della potestà concorrente di cui all’art. 117, terzo comma, della Costituzione, o di quella ‘residuale’ di cui all’art. 117, quarto comma, possano assumere tra i propri scopi anche finalità di tutela ambientale (si vedano, tra molte, le sentenze numeri 183 del 2006; 336 e 232 del 2005; n. 259 del 2004 e n. 407 del 2002)”<sup>440</sup>.

Un’ulteriore scelta del nuovo indirizzo giurisprudenziale merita di essere evidenziata. In particolare, di recente, la Corte tende a privilegiare<sup>441</sup> l’impiego dell’espressione “interesse pubblico di valore costituzionale primario (sentenza n. 151 del 1986) ed assoluto (sentenza n. 210 del 1987)”, anziché quella di “valore costituzionale ambiente”, ricorrente in pressoché ogni precedente pronuncia del giudice costituzionale sull’art. 117, secondo comma, lett. s)<sup>442</sup>, con l’intento, o comunque con l’effetto, di allontanare quella carica di indeterminatezza che il sostantivo “valore” evoca nel diritto costituzionale, e che, nell’esperienza italiana ha costituito all’inizio la pietra miliare dello sviluppo del diritto ambientale<sup>443</sup>, ma che, successivamente ha talora perso il suo spessore originario e ha corso il rischio di essere stereotipato quasi come una clausola di stile capace di giustificare sul piano giuridico opposte soluzioni, ovvero di scansare le difficoltà incontrate nell’individuazione di più precise definizioni. Si tratta di un rischio tipico dell’impiego di concetti carichi di valore, e naturalmente dell’impiego del concetto stesso di valore, che nel diritto ambientale è invece assai frequente proprio per la loro capacità di armonizzarsi, sul piano ideale, con la complessità della realtà<sup>444</sup>.

La ristrutturazione della cornice interpretativa elaborata dal giudice costituzionale si completa con l’espreso disconoscimento della negazione del carattere di materia in senso tecnico al titolo di competenza statale esclusiva “tutela dell’ambiente e dell’ecosistema”, previsto dall’art. 117, secondo comma, lett. s), contenuto in varie pronunce della Corte, a partire dalla fondamentale sentenza 407/2007.

In quest’ultima decisione si leggeva che “l’evoluzione legislativa e la giurisprudenza costituzionale portano ad escludere che possa identificarsi una “materia” in senso tecnico, qualificabile come “tutela dell’ambiente”, dal momento che non sembra configurabile come sfera di competenza statale rigorosamente circoscritta e delimitata, giacché, al contrario, essa investe e si intreccia inestricabilmente con altri interessi e competenze. In particolare, dalla giurisprudenza della Corte antecedente alla nuova formulazione del Titolo V della Costituzione è agevole ricavare una configurazione dell’ambiente come “valore” costituzionalmente protetto, che, in quanto tale, delinea una sorta di materia “trasversale”, in ordine alla quale si manifestano competenze diverse, che ben

<sup>439</sup> Cfr. Corte costituzionale, sentenza 104/2008, cit., punto 5 della motivazione; nello stesso senso anche Così Corte costituzionale sentenza 378/2007, cit., punto 4 della motivazione.

<sup>440</sup> Cfr. Corte costituzionale, sentenza 378/2007, cit., punto 4 della motivazione.

<sup>441</sup> Così, ad esempio, sentenza 104/2008, cit.; 378/2007, cit.

<sup>442</sup> Cfr., ad esempio, Corte costituzionale sentenza, 407/2007, cit., che qualifica l’ambiente come “valore” costituzionalmente protetto”, punto 3.2 della motivazione; nello stesso senso, ad esempio, sentenza 18 dicembre 2002, n. 536, punto 4 della motivazione.

<sup>443</sup> Sull’ambiente come valore costituzionale nello spessore e nel significato delle prime teorizzazioni, G. MORBIDELLI, *Il regime amministrativo speciale dell’ambiente*, cit.

<sup>444</sup> Sul rischio che questi concetti proprio nel diritto ambientale si esauriscano in “creazioni linguistiche”, U. DI FABIO, *Das Kooperationsprinzip – ein allgemeiner Rechtsgrundsatz des Umweltrechts*, cit.

possono essere regionali, spettando allo Stato le determinazioni che rispondono ad esigenze meritevoli di disciplina uniforme sull'intero territorio nazionale (cfr., da ultimo, sentenze n. 507 e n. 54 del 2000, n. 382 del 1999, n. 273 del 1998)". Quindi, proseguiva la Corte, "In definitiva, si può quindi ritenere che riguardo alla protezione dell'ambiente non si sia sostanzialmente inteso eliminare la preesistente pluralità di titoli di legittimazione per interventi regionali diretti a soddisfare contestualmente, nell'ambito delle proprie competenze, ulteriori esigenze rispetto a quelle di carattere unitario definite dallo Stato".

Oggi, invece, afferma la Corte nella sentenza 104/2008, "non può certo dirsi, come vorrebbero le Regioni Veneto e Lombardia, che "la materia ambientale non sarebbe una materia in senso tecnico". Al contrario, l'ambiente è un bene giuridico, che, ai sensi dell'art. 117, secondo comma, lettera s), della Costituzione, funge anche da discriminare tra la materia esclusiva statale e le altre materie di competenza regionale".

Sulle conseguenze collegate al riconoscimento dell'art. 117, lett. s) come materia in senso tecnico, peraltro, il nuovo indirizzo giurisprudenziale presenta ancora incertezze.

La Corte, infatti, in certe decisioni afferma che la disciplina statale relativa alla tutela dell'ambiente "viene a funzionare come un limite alla disciplina che le *Regioni e le Province autonome* dettano in altre materie di loro competenza, salva la *facoltà di queste ultime di adottare norme di tutela ambientale più elevata* nell'esercizio di competenze, previste dalla Costituzione, che vengano a contatto con quella dell'ambiente", e che le Regioni non possono reclamare un loro coinvolgimento nell'esercizio della potestà legislativa dello Stato in materia ambientale<sup>445</sup>.

In una successiva pronuncia, invece, precisa che "Questa Corte ha più volte affermato che le Regioni, nell'esercizio di proprie competenze, possono perseguire fra i propri scopi anche finalità di tutela ambientale (sentenza n. 246 del 2006; sentenza n. 182 del 2006). Tuttavia, *il perseguimento di finalità di tutela ambientale da parte del legislatore regionale può ammettersi solo ove esso sia un effetto indiretto e marginale della disciplina adottata dalla Regione nell'esercizio di una propria legittima competenza e comunque non si ponga in contrasto con gli obiettivi posti dalle norme statali che proteggono l'ambiente* (sentenza n. 431 del 2007)" e che le Regioni e le Province autonome "non possono in alcun modo derogare il livello di tutela ambientale stabilito dallo Stato (sentenza n. 62 del 2008; sentenza n. 378 del 2007). Spetta infatti alla disciplina statale tener conto degli altri interessi costituzionalmente rilevanti contrapposti alla tutela dell'ambiente. In tali casi, infatti, una eventuale diversa disciplina regionale, anche più rigorosa in tema di tutela dell'ambiente, rischierebbe di sacrificare in maniera eccessiva e sproporzionata gli altri interessi confliggenti considerati dalla legge statale nel fissare i cosiddetti valori soglia (sentenza n. 246 del 2006; sentenza n. 307 del 2003)"<sup>446</sup>.

### **13. La specialità dello scopo regolativo come criterio generale di qualificazione competenziale: la materia "tutela dell'ambiente e dell'ecosistema".**

Il riconoscimento del titolo di competenza "tutela dell'ambiente e dell'ecosistema" come materia di potestà legislativa statale esclusiva, corrisponde non soltanto alla lettera della Costituzione, ma anche all'evoluzione della legislazione ambientale.

La generale determinazione di scopo indicata dall'art. 117, secondo comma, lett. s) Cost., infatti, è capace di individuare uno specifico complesso regolativo, oggi autonomo dai settori dell'ordinamento nei quali si erano radicate inizialmente le prime istanze di protezione dagli inquinamenti e di conservazione delle risorse naturali. Si tratta, peraltro, di ambiti normativi che

<sup>445</sup> Così, Corte costituzionale sentenza 104/2008, cit., punto 5 della motivazione. Corsivo aggiunto. Sull'inesistenza di una pretesa delle Regioni alla partecipazione all'esercizio della potestà legislativa statale in materia ambientale, già Corte costituzionale, sentenza 383/2005, cit.

<sup>446</sup> Così, Corte costituzionale sentenza 18 giugno 2008, n. 214, punto tre della motivazione, relativa ad una legge della Regione Emilia-Romagna relativa alla competenza dei Comuni per il procedimento di bonifica dei siti inquinati. Corsivo aggiunto.

restano contigui al diritto ambientale e che presentano rilevanti collegamenti e connessioni con esso, cosicché l'interesse alla tutela dell'ambiente –come richiesto dal principio di integrazione– costituisce spesso uno degli interessi da valutare nel perseguimento dei rispettivi scopi regolativi, come limite, o come termine di bilanciamento. Di qui una diffusa “intonazione ecologica dell'ordinamento”, (secondo l'efficace immagine utilizzata dalla dottrina tedesca), che caratterizza la legislazione rilevante per l'ambiente, cioè quella normativa che produce indirettamente effetti nel diritto ambientale, ovvero assume scopi secondari di protezione dell'ambiente. Così, ad esempio, l'agricoltura, l'urbanistica, l'edilizia.

Si tratta, però, di discipline distinte dal diritto ambientale in senso stretto, cioè da quel nucleo essenziale per la protezione dell'ambiente, costituito dalla legislazione che è specialmente diretta alla tutela dei singoli fattori che costituiscono l'ambiente, considerati anche nelle reciproche interrelazioni.

Sotto questo profilo il riferimento della giurisprudenza allo scopo primario ovvero marginale, e all'efficacia diretta, oppure indiretta della disposizione, si presta a tracciare un confine non arbitrario fra diritto ambientale in senso stretto e legislazione rilevante per l'ambiente, nel senso che è da imputare all'art. 117, secondo comma, lett. s), soltanto la disciplina specialmente diretta alla tutela dell'ambiente e dell'ecosistema, non, invece, la legislazione che persegue in via primaria altri interessi, benché in essa sia riconoscibile l'integrazione delle istanze ambientali, e, pertanto, come affermato con chiarezza nella sentenza 214/2008, produce effetti marginali e indiretti sul complessivo livello di tutela ambientale.

D'altra parte, il criterio generale della specialità della disciplina tenuto conto della sua funzione, e dei parametri oggettivi dello scopo e degli effetti da essa prodotti, vanta un risalente e proficuo impiego nei sistemi federali<sup>447</sup>.

La svolta giurisprudenziale segna quindi un progresso per il diritto ambientale.

Essa, tuttavia, non può essere letta come una assoluta “smentita” della giurisprudenza che prima della revisione del Titolo V Cost. aveva costruito un sistema fondato su un generale concorso fra Stato e Regioni nel perseguimento del valore ambiente radicatosi nei titoli di competenza esistenti, in mancanza di qualsiasi specifico parametro costituzionale. La nascita di un nuovo complesso regolativo non è, infatti, un evento istantaneo, ma il frutto di una lunga evoluzione, riconoscibile sulla base di diversi fattori, fra i quali, l'aspirazione alla codificazione della disciplina, obiettivo condiviso oggi da diversi paesi europei, spinti al riordino del diritto ambientale nazionale anche al fine di una migliore attuazione del diritto comunitario. Si comprendono, così, le ragioni che hanno reso difficile il distacco della giurisprudenza dal precedente assetto delle competenze.

La svolta giurisprudenziale richiede, peraltro, qualche ulteriore precisazione per fugare alcuni equivoci.

In alcune decisioni, infatti, la Corte continua a legittimare una generale potestà regionale di deroga per una maggiore protezione degli *standard* stabiliti dalla legge statale<sup>448</sup>, e la fonda, contraddittoriamente, su quei titoli di competenza contigui agli ambiti normativi afferenti al diritto ambientale in senso stretto, secondo lo schema ideato con la sentenza capostipite del precedente indirizzo giurisprudenziale, che qualificava l'ambiente come materia-non materia. L'esercizio delle

<sup>447</sup> C. PESTALOZZA, *Thesen zur kompetenzrechtlichen Qualifikation von Gesetzen im Bundesstaat*, cit. Per una critica di questo criterio impiegato dalla Corte costituzionale nella sentenza 214/2008, M. CECCHETTI, *La materia “tutela dell'ambiente e dell'ecosistema” nella giurisprudenza costituzionale: lo stato dell'arte e i nodi irrisolti*, cit., p. 23, che pone anche l'interrogativo di “cosa mai può significare l'aggiunta del requisito della ‘marginalità’ dell'effetto ambientale prodotto da una normativa regionale”.

<sup>448</sup> Cfr. la sentenza 378/2007, cit., laddove afferma che “Ciò comporta che la disciplina ambientale, che scaturisce dall'esercizio di una competenza esclusiva dello Stato, investendo l'ambiente nel suo complesso, e quindi anche in ciascuna sua parte, viene a funzionare come un limite alla disciplina che le Regioni e le Province autonome dettano in altre materie di loro competenza, per cui queste ultime non possono in alcun modo derogare o peggiorare il livello di tutela ambientale stabilito dallo Stato”, ma poi aggiunge che i medesimi “*standard* di protezione uniformi validi su tutto il territorio nazionale” sono “non derogabili in senso peggiorativo da parte delle Regioni”.

competenze regionali, invece, non può essere diretta ad una variazione migliorativa dei medesimi *standard*, proprio perché esse non assumono direttamente e come scopo primario la medesima finalità di tutela della legislazione fondata sull'art. 117, secondo comma, lett. s), Cost.<sup>449</sup>.

Un innalzamento del livello complessivo di tutela ambientale, (che è concetto diverso da quello di variazione di un medesimo *standard*) invece, appare coerente con gli effetti indiretti di tutela ambientale prodotti nell'intonazione ecologica dell'ordinamento conseguente all'integrazione dell'interesse alla protezione dell'ambiente nelle altre politiche pubbliche, eventualmente di competenza regionale.

Un altro aspetto della giurisprudenza costituzionale che appare incoerente con l'attribuzione allo Stato di una potestà legislativa esclusiva per la tutela dell'ambiente e dell'ecosistema, è il riconoscimento come "segmenti di tutela ambientale", di alcuni ambiti normativi, ad esempio la materia "igiene e sanità", attribuiti alla competenza regionale, in particolare previsti da Statuti speciali, nei quali originariamente si era radicata la legislazione ambientale, ma dai quali oggi essa ha acquistato una sua autonomia<sup>450</sup>. La tutela della salute dagli effetti pregiudizievoli dell'inquinamento ambientale, infatti, costituisce senza dubbio uno scopo prioritario del diritto ambientale in senso proprio.

In conclusione manca ancora nella giurisprudenza costituzionale una più precisa identificazione dello scopo generale che unifica in un autonomo settore regolativo e nel titolo di competenza statale previsto dall'art. 117, secondo comma, lett. s), la legislazione per la tutela dell'ambiente e dell'ecosistema.

Conviene approfondire questo aspetto.

#### **14. La scissione fra "l'interesse alla conservazione del bene ambiente" e "gli interessi inerenti alle sue utilizzazioni".**

Come anticipato, il nuovo indirizzo giurisprudenziale fonda la distinzione fra competenze statali e competenze regionali, sulla separazione fra l'interesse "alla conservazione dell'ambiente" e gli interessi che riguardano "l'utilizzazione dell'ambiente"<sup>451</sup>. Questi ultimi sono qualificati dalla Corte come "interessi diversi, giuridicamente tutelati"<sup>452</sup>. Precisa ulteriormente la Corte, che "sullo stesso oggetto insistono interessi diversi: quello alla conservazione dell'ambiente e quelli inerenti alle sue utilizzazioni" (vedi, ancora, la sentenza n. 378 del 2007). In questi casi, la disciplina unitaria di tutela del bene complessivo ambiente, rimessa in via esclusiva allo Stato, viene a prevalere su quella dettata dalle Regioni o dalle Province autonome, in materia di competenza propria, che riguardano l'utilizzazione dell'ambiente, e, quindi, altri interessi"<sup>453</sup>.

Si tratta di una distinzione che non persuade, e non si addice neppure all'individuazione di quelli che, pacificamente, anche dallo stesso giudice costituzionale, sono considerati i compiti della legislazione ambientale<sup>454</sup>. La soddisfazione dell'"interesse alla conservazione dell'ambiente", infatti, presuppone oltre alla disciplina delle molteplici attività dirette al superamento dei differenti problemi ambientali, (quello che la letteratura tedesca nel profilare il doppio compito della legislazione ambientale, sintetizza come "rendere possibile la tutela dell'ambiente",

<sup>449</sup> Sul punto, anche con riferimento alle argomentazioni utilizzate dalla Corte nella sentenza 407/2002, e riecheggiate nella più recente giurisprudenza, A. GRAGNANI, *La codificazione del diritto ambientale: il modello tedesco e la prospettiva italiana*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), 8/2008, M. CECCHETTI, *La materia "tutela dell'ambiente e dell'ecosistema" nella giurisprudenza costituzionale: lo stato dell'arte e i nodi irrisolti*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 2009.

<sup>450</sup> Così, ad esempio, la sentenza 104/2008, cit.

<sup>451</sup> Così sentenza 378/2007, cit., punto 4 della motivazione, nonché successivamente, Corte costituzionale, sentenza 104/2008, cit., punto 5 della motivazione, pronunciata nel giudizio promosso dalle Regioni Veneto e Lombardia, e dalle Province autonome di Trento e Bolzano, avverso la disciplina prevista della legge finanziaria 2007 per l'attuazione della direttiva 92/43/CE, c.d. direttiva *habitat*.

<sup>452</sup> Così Corte costituzionale, sentenza 104/2008, cit., punto 5 della motivazione.

<sup>453</sup> Così sentenza 104/2008, cit., punto 5 della motivazione.

<sup>454</sup> Sul punto, A. GRAGNANI, *La codificazione del diritto ambientale: il modello tedesco e la prospettiva italiana*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), 8/2008.

*Umweltschutzmöglichkeit*), anche il contemperamento con gli interessi antagonisti alla tutela ambientale, (*Umweltschutzausgleich*), quali, fra gli altri, “interessi inerenti all’utilizzazione del bene ambiente”. Proprio per il conseguimento di quest’ultimo obiettivo, del resto, la Corte costituzionale ritiene vincolante per la legislazione regionale gli *standard* statali uniformi di protezione.

Esaurito l’esame dei punti più problematici della giurisprudenza costituzionale, si comprende anche come le ambiguità mantenute dal nuovo indirizzo della Corte, siano facilmente superabili.

Resta la mancanza di adeguati strumenti di coordinamento capaci di superare quegli intrecci fra diritto ambientale in senso stretto e settori contigui, che possono contenere disposizioni rilevanti per l’ambiente. Si tratta, come noto di un problema che interessa le connessioni fra molti altri settori dell’ordinamento, e che non può essere adeguatamente risolto in via giurisprudenziale, occorrendo piuttosto forme di partecipazione delle Regioni al procedimento legislativo statale, che solo il legislatore costituzionale può stabilire.

## CAPITOLO V SINTESI E RILIEVI CONCLUSIVI

SOMMARIO: 1. Il codice come forma legislativa ideale per un sistema giuridico ispirato al modello regolativo della tutela integrata dell'ambiente. 2. - La codificazione e la continuità del sistema giuridico di tutela dell'ambiente. 3. - La codificazione come espressione di interessi unitari e l'esigenza di regole costituzionali di attuazione del principio di sussidiarietà.

### **1. Il codice come forma legislativa ideale per un sistema giuridico ispirato al modello regolativo della tutela integrata dell'ambiente.**

L'indagine svolta in relazione all'ordinamento tedesco, tenuto come il nostro all'attuazione del modello comunitario di protezione dell'ambiente, dimostra che la codificazione può essere considerata la forma legislativa ottimale per la tutela integrata dell'ambiente.

Il senso della codificazione si coglie, innanzitutto, nella sua caratteristica aspirazione a realizzare il collegamento sistematico di una pluralità di ambiti normativi.

Il modello regolativo della tutela ambientale integrata, (che per gli Stati membri dell'ordinamento comunitario trova un imprescindibile punto di riferimento nelle direttive sulla valutazione ambientale strategica, sulla valutazione d'impatto ambientale e sulla prevenzione e la riduzione integrate dell'inquinamento), sollecita un collegamento sistematico fra le discipline finalizzate alla tutela dei diversi fattori che compongono il bene ambiente.

In tale direzione conduce l'idea ispiratrice di tale modello: rispettare, e per quanto possibile, imitare quel collegamento fra i fattori che compongono l'ambiente, stabilito dalle leggi della natura che regolano l'ecosistema.

La realizzazione di questo modello è complessa e presuppone un continuo intreccio fra valutazioni tecniche e decisioni politiche, fra loro interdipendenti.

Il collegamento fra di esse acquista rilevanza sul piano giuridico attraverso appositi procedimenti finalizzati alla considerazione globale dei parametri sostanziali di tutela, tenuto conto dell'apporto dei soggetti interessati.

Si instaura così uno stretto collegamento fra gli obiettivi sostanziali di protezione dell'ambiente e la conformazione del procedimento amministrativo deputato ad attuarla.

Sul piano giuridico il collegamento fra gli obiettivi di tutela acquista rilevanza anche attraverso l'ispirazione della disciplina sostanziale e procedimentale, a principi comuni, e a comuni strumenti giuridici che agevolano il conseguimento degli obiettivi di protezione.

La codificazione dei principi e degli istituti generali comuni ai diversi ambiti normativi del diritto ambientale, e della legislazione del settore, armonizzata sul piano concettuale e negli scopi regolativi, agevola il conseguimento degli obiettivi di semplificazione normativa propri di una buona qualità della legislazione. Essa consente, infatti, di "risparmiare" la ripetizione di discipline analoghe, e, attraverso la riunificazione della normativa, riduce l'eventualità di contraddizioni anche involontarie, e agevola la conoscibilità del diritto ambientale.

La costruzione di un sistema di protezione dell'ambiente ispirato al modello della tutela integrata, che trova i suoi capisaldi nei tradizionali principi per la tutela dell'ambiente, (precauzione, prevenzione, "chi inquina paga", sviluppo sostenibile), ma anche in nuovi principi in corso di affermazione, e di autonoma elaborazione, ("management sostenibile", "approvvigionamento energetico sostenibile"), e nella disciplina procedimentale della valutazione ambientale strategica, della valutazione di impatto ambientale e della riduzione e prevenzione integrate degli inquinamenti, facilita, inoltre l'attuazione del diritto comunitario derivato, che oggi è difficilmente possibile al di fuori di un vero e proprio orientamento sistematico della legislazione nazionale.

Indipendentemente dalle affermazioni ancora ripetute nella nostra dottrina, nessun ostacolo per la codificazione deriva dalla pretesa impossibilità di pervenire ad una definizione dell'ambiente come oggetto di tutela giuridica. Esso infatti, è dalla medesima dottrina individuato nella tutela dei singoli fattori che compongono il bene ambiente considerati nella loro reciproca interrelazione, secondo la concezione c.d. "unitaria" del bene ambiente.

Inoltre, nessun ostacolo insuperabile è frapposto alla codificazione dal carattere trasversale del diritto ambientale, né dalla sua straordinaria estensione, che secondo una felice immagine, copre come una rete l'intero ordinamento, senza mai nascondere, e non si limita alla considerazione dello stato attuale del bene ambiente, ma conferisce immediata rilevanza giuridica anche alla sua condizione futura. Infatti, come evidenziato dalla dottrina tedesca, è ben possibile individuare un nucleo essenziale del diritto ambientale in senso stretto, costituito da quella disciplina che ha specificamente per scopo la protezione dell'ambiente, e che comprende le attività dirette alla sua tutela e il contemperamento con interessi antagonisti, presenti e futuri.

## **2. La codificazione e la continuità del sistema giuridico di tutela dell'ambiente.**

Una disciplina capace di mantenere la stabilità del sistema di tutela dell'ambiente non può che ispirarsi a un insieme di principi e di regole analitiche. I principi, e con essi certe clausole generali, sono necessari perché la complessità della realtà da regolare da una parte, rende impossibile prevedere le regole analitiche necessarie per ogni possibile situazione, dall'altra, la medesima complessità rende talvolta inadeguata una disciplina estremamente rigida per disciplinare situazioni che richiedono valutazioni molto complesse. Ciò, infatti, può aumentare il rischio di decisioni arbitrarie, e sostanzialmente ingiuste o inadeguate, più di una regola flessibile.

Una sola disciplina di principi è, peraltro, insufficiente per garantire la stabilità del sistema di tutela dell'ambiente, potendo essi prestarsi ad attuazioni perfino contraddittorie, dato il loro alto grado di astrazione. In ogni caso le regole, finché rispettose della Costituzione, prevalgono sui principi, poiché con esse il legislatore ha deciso di più. Ciò non toglie che i principi possiedano una funzione fondamentale per l'interpretazione delle regole e per la garanzia della coerenza dell'ordinamento.

La stabilità e la continuità giuridica del sistema richiedono, perciò, anche una disciplina analitica ed estesa, che proprio per queste sue caratteristiche non si presta ad essere oggetto di "un intervento normativo di riforma sul piano costituzionale", sebbene con "spazi assai ampi", secondo l'opinione di accreditata dottrina.

D'altra parte, una efficace "rete di sicurezza" rispetto a ipotetiche radicali involuzioni nel sistema di tutela dell'ambiente positivizzato nella legge ordinaria è offerta dal diritto comunitario. Proprio nello spazio che residua dalla disciplina comunitaria, acquistano un senso, secondo il fondamentale principio di sussidiarietà, le codificazioni nazionali.

I principi del diritto ambientale possono essere opportunamente custoditi in un codice, accanto alle regole analitiche che ne costituiscono l'attuazione, e agli istituti comuni ai diversi ambiti del diritto ambientale in una legge ordinaria. La continuità del sistema giuridico di tutela dell'ambiente può essere conseguita attraverso una fonte di legge ordinaria, perché la stabilità della struttura normativa fondamentale su cui si incentra il sistema di protezione dell'ambiente procede dalla razionalità dei suoi contenuti e dalla loro adeguatezza rispetto alle esigenze di protezione, salve le modifiche della normativa alle sopravvenute esigenze, che di volta in volta si rendono necessarie.

## **3. La codificazione come espressione di interessi unitari e l'esigenza di regole costituzionali di attuazione del principio di sussidiarietà.**

Il modello regolativo della tutela integrata sollecita una ampia unificazione della legislazione sostanziale e procedimentale per gli interessi unitari ad essa correlati, e perché la frammentazione delle competenze ostacola la disciplina di ambiti ecologicamente interdipendenti.

L'art. 117, secondo comma, lett. s) riconosce allo Stato una competenza adeguata a raggiungere questo obiettivo.

Tuttavia, in un ordinamento che al suo interno conosce ampie autonomie legislative, la codificazione del diritto ambientale non può essere realizzata attraverso la unilaterale imposizione di una disciplina statale, così come testimonia il contenzioso innescato dal primo sedicente tentativo di codificazione ad opera del d.lgs. 152/2006, dati i molti intrecci fra diritto ambientale in senso stretto e settori contigui nei quali deve essere integrato l'interesse ambientale.

Occorrono allora strumenti di raccordo adeguati alla diversa rilevanza degli interessi di volta in volta coinvolti, che soltanto il legislatore costituzionale ha il potere di disciplinare.

Visto l'impegno che lo Stato assume per conseguire una buona qualità formale e sostanziale della legislazione, resta inspiegabile l'inerzia del legislatore costituzionale di fronte all'allontanamento dal testo scritto nella revisione del Titolo V Cost., che la Corte costituzionale ha dovuto intraprendere al fine di garantirne il fondamentale principio unitario.